

Staatsnothilfe und Widerstandsrecht

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Gernot v. d. Brelie
1978

Staatsnothilfe und Widerstandsrecht

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München**

**vorgelegt von
Gernot v. d. Brelie
1978**



Referent: Professor Dr. Kaufmann
Korreferent: Professor Dr. Scholler
Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 1978

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Einleitung	1
2. Kennzeichnung des Problemkomplexes "Staatsnot- hilfe" vermittelt konkreter historischer Fälle	3
2.1 Der "Zabernfall"	6
2.2 Der Kapp-Putsch	8
2.3 Die Fememorde und die RG-Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand	10
2.4 Staatsnothilfe und gesundes Volksempfin- den	14
2.5 Staatsnothilfe durch Polizeispitzel	16
2.6 Widerstand im 3. Reich und Zusammenfas- sung der Fallgruppe	18
3. Praktische Würdigung der historischen "Staatsnothilfe"-Fälle	21
3.1 Der Nothelfervorsatz	21
3.2 Zwischenergebnis	24
4. Untersuchung des möglichen praktischen An- wendungsbereichs von Staatsnothilfe	25
4.1 Ausklammerung der Lehrbuchkriminalität	25
4.2 Ausklammerung der Fälle, in denen ander- weitige Abhilfe möglich ist	29
4.3 Ausklammerung der Fälle, die durch vor- läufige Festnahme gem. § 127 StPO ge- löst werden können	29
4.3.1 Die Rechte aus § 127 StPO	29
4.3.2 Zur Konkurrenz von Rechtferti- gungsgründen; insbesondere von Staatsnothilfe und § 127 StPO	31
4.4 Ausklammerung der Fälle, in denen Selbsthilfe vorliegt	38
4.5 Zwischenergebnis	40

5. Untersuchung der Staatsnothilfe-Problematik unter systematischen Gesichtspunkten des Strafrechts	42
5.1 Lösung der Staatsnothilfe-Problematik unter dem Aspekt der Notwehr, § 32 StGB	42
5.2 Lösung über § 34 StGB	48
5.3 Geschäftsführung ohne Auftrag als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund	53
5.4 Staatsnothilfe als selbständiger Rechtfertigungsgrund	56
5.4.1 Voraussetzungen der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes	57
5.4.2 Zwischenergebnis	65
6. Umorientierung der Fragestellung	66
6.1 Vorhandensein von Konsens über die Rechtswidrigkeit bestimmter Taten	66
6.2 Neuformulierung der Fragestellung	67
6.3 Staatsnothilfe oder Widerstandsrecht	69
7. Zur Entstehung des Widerstandsrechts des Art. 20 IV GG	76
7.1 Die Kodifizierung	76
7.2 Kritik an der Kodifizierung	78
8. Bestimmung des Telos des Widerstandsrechts in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung	84
8.1 Erkenntnisse des wissenschaftlichen Wertrelativismus	84
8.2 Geltung von Rechtsgrundsätzen und Wertrelativismus	89
8.3 Bedeutung des wissenschaftlichen Wertrelativismus für die Begründung des Widerstandsrechts; Bedenken gegen die gegenwärtigen Auffassungen	92
8.3.1 Leugnung eines Widerstandsrechts	93
8.3.2 Theozentrischer Lösungsversuch	94
8.3.3 Rational-naturrechtlicher Lösungsversuch	96
8.3.4 Staatsrechtlicher Lösungsversuch	100
8.4 Mehrheitskonsens als Ableitungsgrund des Widerstandsrechts	102

	Seite
9. Tatbestandliche Konkretisierung des Widerstandsrechts im Art. 20 IV GG	107
9.1 Die Widerstandslage	107
9.2 Subjekt des Rechts aus Art. 20 IV GG	114
9.3 Exkurs: Erfolg als Tatbestandsvoraussetzung?	120
9.4 Subsidiarität	125
9.5 Konservatorischer Widerstand bei evidentem Unrecht	129
9.6 "Unternehmen" i.S.v. Art. 20 IV / Problem der etablierten Tyrannis	133
9.7 Das Verhältnis des Widerstandsrechts zu Art. 79 III GG	139
9.8 Die Mittel des Widerstands	141
10. Widerstandsrecht außerhalb der Voraussetzungen von Art. 20 IV GG	145
11. Widerstandsrecht und Strafrecht	147
11.1 Die strafrechtliche Bewertung des Widerstandsrechts generell	147
11.2 Irrtum	150
12. Zusammenfassung und Wertung unter aktuellen Gesichtspunkten	156

- Benda Ernst Benda, Die Notstandsverfassung,
3. Aufl., Bonn, 1967
- Bertram Karl-Friedrich Bertram, Widerstand
und Revolution, in: Schriften zum
öffentlichen Recht, Bd. 17, 1964
- Binding Karl Binding, Grundriß des Deutschen
Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8.
Aufl., Leipzig 1913
- Blei Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil,
16. neubearb. Aufl., München 1975
- Boldt Gottfried Boldt, Staatsnothilfe und
Staatsnotstand, in: ZStW 56, 183 ff
- v. Borch Herbert v. Borch, Obrigkeit und
Widerstand, Zur politischen Sozio-
logie des Beamtentums, Tübingen, 1954
- Brecht Arnold Brecht, Politische Theorie.
Die Grundlagen politischen Denkens
im 20. Jahrhundert, Tübingen 1961
- Dahlmann Wilhelm Dahlmann (Hrsg.), Gutachten
der juristischen Fakultät Heidelberg,
die hannoversche Verfassungsfrage
betreffend, Heidelberg, 1839
- Dahm Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl.,
Stuttgart, 1963
- Dohna Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit
als gültiges Merkmal im Tatbestand
strafbarer Handlungen, 1905

- Dreher Eduard Dreher, StGB, Kommentar,
36. Aufl., München, 1976
- Dührssen Wilhelm Dührssen, Zur Reform des
Sexualstrafrechts, Berlin 1926
- E 62 Entwurf eines Strafgesetzbuches
mit Begründung - Bundesratsvorlage -
Bonn 1962
- Ebermayer Ludwig Ebermayer, 50 Jahre Dienst
am Recht, Berlin 1930
- Engisch Karl Engisch, Einführung in das
juristische Denken, 3. Aufl.,
Stuttgart 1964
- Erdsiek Gerhard Erdsiek, Zur Naturrechts-
tagung der Internationalen Juristen-
kommission, in : NJW 62, 192 ff
- Ermacora Felix Ermacora, Allgemeine Staats-
lehre, Berlin 1970
- Esser Josef Esser, Grundsatz und Norm,
3. Aufl., Köln 1974
- Even Bert Even, Das Widerstandsrecht des
Staatsbürgers, Diss. Köln 1951
- Evers Hans-Ulrich Evers, Die perfekte Not-
standsverfassung, in: AöR 91, 1 ff
- EvStL Evangelisches Staatslexikon, hrsg.
von Hermann Kunst und Siegfried
Grundmann, Berlin 1966

- Die Grundr. Die Grundrechte, Handbuch, hrsg. von
Bettermann, Neumann, Nepperdey,
Tübingen, 1966
- Gumbel Ernst Gumbel, Verräter verfallen
der Feme, München 1929
- Gurvitch Georges Gurvitch, Grundzüge der Sozio-
logie des Rechts, Neuwied 1960
- Hamann Andreas Hamann, Grundgesetz und
Strafgesetzgebung, Karlsruhe, 1962
- Hartung Fritz Hartung, Notwehr und Notstand
zugunsten des Staates, JW 31, 61 ff
- v. Hassel Ullrich v. Hassel, Das andere Deutsch-
land, Frankfurt aM 1965
- Heck Philipp Heck, Gesetzesauslegung und
Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1 ff
- Heiliger Fritz Heiliger, Der Staatsnotstand
als Beispiel politischer Strafrechts-
wissenschaft, Leipzig 1935
- Heller Herman Heller, Staatslehre, Leiden
1961
- Henke Wilhelm Henke, Die verfassungsgebende
Gewalt des Volkes in Lehre und Wirk-
lichkeit, in: Der Staat, 1968, S.
165 ff
- Henkel Heinrich Henkel, Einführung in die
Rechtsphilosophie, München und Berlin
1964

- Herzog Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre, München 1961
- Hesse Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1967 mit Nachtrag Karlsruhe 1968
- v. d. Heydte Friedrich-August v.d.Heydte, Staatsnotstand und Gesetzgebungsnotstand, in: Festschrift für Laforet, 1952, S. 59 ff
- v. Hippel Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. und 2. Bd., Berlin 1925/30
- Hitler Adolf Hitler, Mein Kampf, München, 1930
- Hösch Willi Hösch, Staatsnotwehr, Diss. Erlangen 1950
- Isensee Josef Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 IV GG. Köln 1969
- Jescheck Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Köln, 1969
- Arthur Kaufmann A Arthur Kaufmann, Gedanken zur Überwindung des Wertrelativismus, in: ders., Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt aM 1972, S. 53 ff
- ders., B ders., Recht und Sittlichkeit, in: Rechtsphilosophie im Wandel, aaO, S. 219 ff

- Klee klee, Anmerkung zu Kurzweg, 'Über ein Notrecht zur Verteidigung der öffentlichen Ordnung, in: GA 70, 72
- Klein Hans H. Klein, Der Gesetzgeber und das Widerstandsrecht in: DÖV 68, 865 ff
- Kleinknecht Theodor Kleinknecht, StPO, Kommentar, 32. Aufl., München 1975
- Klug Ulrich Klug, Zur Begründung der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68, 400 ff
- Knoch Lothar Knoch, Die Nothilfe zugunsten des Staates, Diss. Würzburg 1965
- Krüger Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966
- Kurzweg Rudolf Kurzweg, Über ein Notrecht zur Verteidigung der öffentlichen Ordnung, GA 70, 72 ff
- Lackner Karl Lackner, StGB, Kommentar, 9. Aufl. München 1975
- Lammerding Rudolf Lammerding, Die Staatsnothilfe als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, Diss. Münster 1971
- Larenz A Karl Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., München 1971
- Larenz B ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., München 1975

- Listl Joseph Listl, Staatsnotstand und Widerstandsrecht, in: Arthur Kaufmann DaaC, S. 539 ff
- Lk Leipziger Kommentar zum StGB, 8. Aufl 1. Bd., Berlin 1957
- Loewe-Rosenberg Loewe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung, Kommentar, 22. Aufl., 1971-74
- Luetgebrune Luetgebrune, Wahrheit und Recht für die Feme, Berlin 1924
- v. Mangoldt-Klein v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Bd. 1 und 2, Berlin und Frankfurt 1966
- Matthöfer Hans Matthöfer, Widerstandsrecht im Grundgesetz, in: Frankfurter Rundschau vom 12.1.68, S. 5
- Maunz Theodor Maunz, Deutsches Staatsrecht, 20. Aufl., München 1975
- Maunz-Dürig Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz-Kommentar, (Lsbl.) 14. Lieferung
- Maurach Maurach-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5., neubearb. Aufl., Karlsruhe 1977
- Messner Johannes Messner, Das Naturrecht, Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, Innsbruck, Wien und München 1966
- Mezger-Blei Mezger-Blei, Strafrecht AT, 11. Aufl. München 1965

Mikoletzky	Karl Mikoletzky, Österreichische Zeitgeschichte, Wien 1964
Moderow	Johannes Moderow, Notwehr und Notstand zugunsten des Staates, Diss. Bonn, 1934
v. Münch	Ingo v.Münch (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd.1, Karlsruhe 1973
Nagler	Johannes Nagler, Derheutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, 1911, Festschrift für Binding, S.91 f
Oetker A	Friedrich Oetker, Hilfeleistung in Staatsnotwehr und Staatsnotstand, in: GS 97, 411 ff
Oetker B	ders., Zum Urteil des RGSt Bd. 63, S. 215 ff, in: GS 99,156 ff
v. Peter	Ferdinand v.Peter, Bemerkungen zum Widerstandsrecht, in: DÖV 68, 719 ff
Pfeiffer	Arthur Pfeiffer, Der Gedanke des Widerstandsrechts, Diss. Hamburg, 1934
Popper A	Karl Popper, Logik der Forschung, 2. Aufl., Tübingen 1966
Popper B	ders., Die Logik der Sozialwissenschaften, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 14 (1962), S. 233 ff
Popper C	ders., Naturgesetze und theoretische Systeme, in: Theorie und Realität, (hrsg. v. H.Albert), Tübingen 1964 S. 87 ff

- Preisendanz, StGB, Lehrkommentar,
29. Aufl., 181n 1975
- Reibilla, Deutsche Schicksals-
fragen, 2. Aufl., Frankfurt am 1950
- Radbruch A Gustav Radbruch, Staatsnotstand,
Staatsnotwehr und Mememorde, in:
Die Justiz V, 125 ff
- Radbruch B ders., Gesetzliches Unrecht und
übergesetzliches Recht, in: SJZ 46,
106
- Reichel Hans Reichel, Widerstandsrecht und
Politischer Streik, in : DB 68,1312
- Ritter Johannes Ritter, Der Einzelne als
Helfer in der Volksnot, in: GS 115,
239 ff
- Roxin Claus Roxin, Die provozierte Notwehr-
lage, in: ZStW 75 (1963), 497 ff
- Rüthers Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Aus-
legung, Tübingen 1968
- v. Salomon A Ernst v. Salomon, Die Geächteten, Ro-
man, Berlin 1932
- v. Salomon B ders., Der Fragebogen, Roman, Reinbek
1951
- Sauer Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechts-
lehre, 3. Aufl., Berlin 1955
- Schaffstein Friedrich Schaffstein, Notwehr und
Güterabwägungsprinzip, MDR 52, 132 ff

- Scheidle Günter Scheidle, Das widerstandsrecht
entwickelt anhand der höchstrichter-
lichen Rechtsprechung der BRD, Diss.
München 1967
- Schmidhäuser Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemei-
ner Teil, 2. Aufl., Bielerfeld 1975
- Schmidt Carl Schmidt, Verfassungslehre,
Tübingen 1928
- Schmidt-Bleibtreu
Klein Schmidt-Bleibtreu-Klein, Grundgesetz
Kommentar, 3. Aufl 1973
- Schneider Hans Schneider, Widerstand im Rechts-
staat, Köln 1969
- Scholler Heinrich Scholler, Widerstand und
Verfassung, in: Der Staat Bd.8,
(1969), S. 19 ff
- Schönke-Schröder Schönke-Schröder, StGB-Kommentar,
hrsg. v. Lenckner, Cramer, Eser und
Stree, 18. neuberb. Aufl., München
1976
- Schreiber Rupert Schreiber, Die Geltung von
Rechtsnormen, Berlin 1966
- Schubert Joachim Schubert, Staatsnothilfe,
Strafrechtliche Abhandlungen, Heft
311, Breslau 1933
- Schück Walter Schück, Notwehr Privater zu-
gunsten des Staates, Diss. Breslau
1930

- Schultz Günther Schultz, Blick in die Zeit,
in: JdR 68, 636
- Schweitzer Wolfgang Schweitzer, Der entmythologisierte Staat, 1968
- Simon Simon, Die Unabhängigkeit des Richters, Darmstadt 1975
- Sinzheimer Carl Sinzheimer, Die Legalisierung des politischenordes in: Die Justiz V, 65 ff
- SK Systematischer Kommentar zum StGB, hrsg. v. Rudolphi, Horn, Samson, Schreiber, Berlin 1975
- Stein Ekkehart Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, Tübingen 1968
- Stock Ulrich Stock, Über Staatsnotwehr und Staatsnotstand, in: GS 101, 148 ff
- Stratenwerth Günter Stratenwerth, Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW 68 (1956), S. 41
- Stüttler Josef Stüttler, Das Widerstandsrecht und seine Rechtfertigung im Altertum und im Frühen Christentum, in: ARSP, LI, 1965, S. 495 ff
- Tsatsos Themistokles Tsatsos, Zur Begründung des Widerstandsrechts, in: Der Staat, Bd. 1 (1962), S. 157 ff
- Vle Vle, Der Einsatz militärischer Streitkräfte im Ausnahmezustand, in: JdR. 67, 865

- Warda, Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, in: Festschrift für R. Maurach, S. 143 ff
- Weinkauff, Hermam Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, Vortrag, Karlsruhe 1956
- Welty, Eberhard Welty, Der Widerstand gegen die Staatsgewalt, in: Herders Sozialkatechismus, 4. Aufl., Freiburg 1965, S. 260 ff
- Weizel, Hans Weizel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin 1969
- Winterfeld, Achim Winterfeld, Grundlagen und Grenzen des Widerstandsrechts, in: NJW 56, 1417 ff
- Wolff, Hans J. Wolff, Verwaltungsrecht, II. Bd., 4., überarb. Aufl., München 1976
- Wolzendorff, Kurt Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes, Breslau 1916
- Zinn-Stein, Zinn-Stein, Verfassung des Landes Hessen, Kommentar, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1963

1. Einleitung

Sowohl die Staatsnothilfe (mit ihren mancherlei Spielarten Staatsnotstand, Volksnotstand, Nothilfe zugunsten des Volkes usw.) als auch das Widerstandsrecht sind, jedes für sich, Gegenstand ganz überwältigender Zahlen von Publikationen. Ebenso überwältigend und vielfältig sind die verschiedenen Fallgestaltungen, die mit dem einen oder anderen dieser Begriffe in Verbindung gebracht werden oder wurden; wie zu zeigen sein wird, reicht die Skala potentieller Widerständler und Staatsnothelfer von der NSDAP¹⁾ bis zur KPD²⁾, buchstäblich ohne Lücke.³⁾

Es kann daher nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den zahllosen monographischen Untersuchungen der beiden Begriffe eine weitere hinzuzufügen; vielmehr soll, ohne hiermit dem Ergebnis vorzugreifen, der Versuch unternommen werden, das Verständnis des einen Begriffs aus dem des anderen zu schöpfen; anders gesagt, die Staatsnothilfe soll im Hinblick auf das Widerstandsrecht untersucht werden, das Ergebnis hiervon wird die Untersuchung des Widerstandsrechts beeinflussen.

Aus der angedeuteten enormen Bandbreite an politischen Wertungen, die mit den Begriffen verknüpft sein können, folgert weiter, daß die Argumentation dieser Arbeit nicht immer die eines wertfrei abwägenden, rein theoretischen Judizierens sein kann. Wo politische Wertungen mit im Spiele sind, kann niemand, auch der beste Jurist nicht, abstrakt argumentieren, ohne selbst, zu-

1) Ges. v. 3.7.34, RGBI. I S. 529

2) BVerfGE 5, 85, 376 ff.

3) OLG Stuttgart, NJW 66, 745, 747 f.

mindest unbewußt, zu werten; oder besser ausgedrückt:
"Wir Wilden sind doch bessere Menschen. Wir wissen wenigstens, wann wir als Politiker gegnerischer Einsichtigkeit gegenüber von dem guten Rechte der Einseitigkeit unseererseits kämpfend Gebrauch machen, und geben uns darüber dann keiner Selbsttäuschung hin, und wir vermögen gerade deshalb um so objektiver zu sein bei Aufgaben, die uns zur Objektivität verpflichten. Sie, Herr Dr. Liebmann, wollen kein Politiker sein. Sie wollen Ihre Zeitschrift in überparteilichem Sinne leiten, und Sie geben sich vielleicht sogar der Illusion hin, es wirklich zu tun. Aber der Teufel, vor dem Sie die Augen verschließen, holt Sie um so sicherer, der Teufel der Parteipolitik. Sie machen die schlechteste Politik, die man machen kann, Herr Dr. Liebmann, Sie machen unbewußte Politik, die sich wunder wie objektiv dünkt, Sie sind ein Politiker wider Willen. Besinnen Sie sich auf Ihre Farben und bekennen Sie sich offen zu ihnen. Dann werden wir ehrliche Gegner sein.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Dr. R a d b r u c h.¹⁾

Nachzutragen ist noch, daß die vorliegende Arbeit am Ende des Jahres 1975 konzipiert wurde und aktuellen tagespolitischen Entwicklungen daher nur sehr begrenzt Rechnung tragen konnte. Es soll versucht werden, auf neue Aspekte des Problems "Staatsnothilfe/Widerstandsrecht", die sich infolge terroristischer Gewalttaten (Stichworte Buback, Ponto, Schleyer) sowie infolge gewisser Aktivitäten der Exekutive (Stichworte Traube, Stammheimer Abhörfall, Kontaktsperre) ergeben könnten, in einem Schlußkapitel einzugehen.

1) Die Justiz, I, S. 199

2. Kennzeichnung des Problemkomplexes "Staatsnothilfe" vermittelt konkreter historischer Fälle

Der Begriff "Staatsnothilfe" klingt an den anerkannten juristischen Terminus Nothilfe (d.h., Notwehr zugunsten eines anderen) an. Die Verwendung des Wortes "Staatsnothilfe" im Rahmen dieser Arbeit bedeutet aber keineswegs, daß das durch es Bezeichnete eine kraft juristischer Definition eindeutig festgelegte Rechtserscheinung sei; auch nicht, daß eine derartige Erscheinung anzuerkennen oder zu postulieren sei; und ebensowenig, daß dieses Phänomen nach den Gesichtspunkten von § 32 StGB zu beurteilen sei. Letzteres ist zwar eine von der überwiegenden Meinung in der Literatur¹⁾ getroffene Ableitung, aber eben nur eine von mehreren denkbaren. Hierfür spricht insbesondere, daß in gleichem Zusammenhang, bezüglich der gleichen konkreten Sachverhalte, auch von Staatsnotstand gesprochen wird²⁾; dann nämlich, wenn der betreffende Autor die Betrachtung des Fragenkomplexes unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes, § 34 StGB, vorzieht. Häufig wird das Phänomen durch Zusammenstellung des Begriffs mit ähnlichen Begriffen abgedeckt³⁾, und zwar nicht so sehr, um dadurch bereits eine rechtliche Würdigung vorwegzunehmen, sondern vielmehr, um eine möglichst breite Skala tatsächlicher Fallgestaltungen zu erfassen.

Aus ähnlichen Gründen wird hier das Wort "Staatsnothilfe" verwendet, nämlich, um eine bestimmte Gruppe von historischen Fallgestaltungen zu bezeichnen, an denen

1) Lammerding, S. 86; Jescheck LB S. 253; Welzel LB S. 89; LK (Baldus) Anm. 39 zu § 53; vgl. auch RGSt 63, 220

2) Vgl. Baumann, LB S. 353; Maurach LB S. 391

3) Vgl. Kurzweg, "Staatsnothilfe und Staatsnotstand", in GA 70, 72; Stock in GS 101, 148 ff

sich die juristische Diskussion über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Staatsnothilferechts als eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes entzündet hat.

In der juristischen Literatur wird der Begriff weder einheitlich verwendet noch verstanden. Schubert¹⁾ erklärt den Begriff ganz allgemein dahingehend, daß Staatsnothilfe das Recht des Einzelnen sei, der, ohne Organ des Staates zu sein, den Staat gegen rechtswidrige, gegenwärtige und nicht auf völkerrechtlichem Gebiet liegende Angriffe verteidigt. Im Anschluß daran scheidet er von der Staatsnothilfe dies Fiskusnothilfe; auf erstere will er § 32 StGB analog angewendet wissen.

Ohne jene Einschränkungen verwendet Baumann²⁾ die Worte Staatsnotwehr und Staatsnotstand. Er kennzeichnet als Staatsnothilfe die zugunsten des Staates geübte Nothilfe nach § 32 StGB. Von dieser unterscheidet sich der Staatsnotstand als Unterfall des übergesetzlichen Notstandes (nunmehr normiert in § 34 StGB) dadurch, daß es an einem rechtswidrigen Angriff fehle.

Heiliger³⁾ will unter den Begriff Staatsnothilfe Handlungen subsummieren, die formell dem positiven Recht des Staates zuwiderlaufen, ohne durch einen ausdrücklichen Satz dieses positiven Rechts gerechtfertigt zu werden, dabei aber trotzdem zu den Zwecken der gesamten Rechtsordnung nicht in Widerspruch stehen.

Ritter⁴⁾ bezeichnet Staatsnothilfe als einen volks-sittlichen Rechtfertigungsgrund sui generis, der sich

1) S. 2 ff; allg. Nachweise zu den Begriffen bei Maurach LB S. 391

2) S. 352

3) S. 1

4) GS 115, 242; 116, 122 ff

unter Umständen auf Grund der volksgenössischen Treuepflicht zu einer Rechtspflicht verdichten könne¹⁾.

Schmidhäuser²⁾ versteht Staatsnothilfe analog § 32 StGB, weist aber daraufhin, daß die Anwendbarkeit sehr begrenzt sein müsse. Die Nothilfelage könne nur selten in der Weise vorkommen, daß ein tatbestandlicher Eingriff in die Rechtsgüter des Anreifenden erforderlich ist. In aller Regel würde die Unterrichtung der zuständigen Stellen ausreichen.

Den verschiedenen Definitionen ist gemeinsam, daß sie sich alle auf eine ganz bestimmte Gruppe von Fällen beziehen und daß sie insofern Staatsnothilfe als Rechtfertigungsgrund teils postulieren³⁾, teils ablehnen⁴⁾. Da mithin weder der Begriff Staatsnothilfe selbst, noch die rechtliche Qualität des durch ihn Bezeichneten feststeht, ist als das einzig wirklich Gesicherte die Gruppe der konkreten Fallkonstellationen aufzuzeigen, in deren Zusammenhang der Begriff Staatsnothilfe mit seinen Abwandlungen diskutiert worden ist. Bereits hier eine eigene Definition vorzulegen, hieße der anzustellenden Untersuchung vorzugreifen, da erst zu prüfen sein wird, ob ein eigenständiges Rechtsinstitut nicht möglicherweise obsolet ist, weil die entsprechenden Fallgestaltungen vermöge anerkannter Rechtsinstitute zufriedenstellend zu lösen sind.

Ebensowenig kann es sinnvoll sein, bereits hier gene-

1) Derartige Ausführungen einzig mit dem Bemerken zu verwerfen, sie stammten aus der Zeit 1933-45 (so etwa Lammerding S. 87) erscheint verständlich, aber nicht legitim. Selbst entschiedene Vertreter der autoritären Staatsauffassung jener Zeit haben sich mit den Gedanken des Liberalismus zumindest auseinandergesetzt (vgl. Heiliger S. 18 ff)

2) Vgl. Schmidhäuser 9/84

3) So z.B. Ritter GS 115, 242; Oetker GS 97,411 ff

4) So z.B. Samson in SK, Anm. 9 zu § 32

rell auf die strafrechtliche Systematik der Notwehr oder des übergesetzlichen Notstandes einzugehen, da vorerst nicht feststeht, ob eines dieser Institute überhaupt zur Anwendung kommt.

Da sich zudem aus den o.a. Ableitungsversuchen wegen ihrer meist zu theoretisch-allgemeinen Fassung kein wirklicher Bezugsrahmen für die p r a k t i s c h e Konfliktlage ergibt; vielmehr durch sie das komplexe Zusammenspiel von Strafrecht, Staatsrecht und politischer Wertung völlig überspielt wird¹⁾, hat sich die wissenschaftliche Auseinandersetzung bisher vielfach nur im luftleeren Raum abgespielt.²⁾ Daher sind zunächst einige konkret-historische Fallbeispiele aufzuführen, um die reale, insbesondere politische Tragweite des Problems Staatsnothilfe zu verdeutlichen. Einstweilen mag der ungefähre Hinweis genügen, daß es sich bei Staatsnothilfe um die Frage eines rechtfertigenden "Beisprungsrechtes" zugunsten des Staates handelt.

Wie die Frage nach Bestehen oder Nichtbestehen dieses Beisprungsrechtes juristisch stichhaltig formuliert werden kann, muß in einem späteren Abschnitt der Arbeit behandelt werden (s.u. 6.2). Daraus, daß dies Problem bisher von nahezu allen Strafrechtlern, die sich mit ihm befaßt haben, in einer bestimmten, im spezifisch strafrechtlichen Denken verhafteten Weise angegangen worden ist, folgt ja noch nicht einmal, daß es sich tatsächlich unbedingt um ein strafrechtliches Problem handeln muß³⁾. Rechtsnatur und systematische Einordnung des Rechtsinstituts kann erst angegeben werden, wenn anhand der konkre-

-
- 1) Vgl. Kurzweg in GA 70,72, der das Problem einzig in Hinblick auf die Frage behandelt, ob der Staat denn "anderer" i.S.v. § 53 aF StGB sein könne
 - 2) Vgl. Schmidhäuser 9/84, der auf das immer wieder bemühte Kathederbeispiel des über die Grenze fliehenden Spions hinweist.
 - 3) Amelung S. 833

ten Fallgestaltungen, anläßlich derer die Frage aufgetaucht ist, durch Untersuchung der bisher vorgeschlagenen Lösungen eine diesen Fallgestaltungen angepaßte und auf sie bezogene Fragestellung erarbeitet worden ist.

2.1 Der "Zabernfall"

Soweit ersichtlich¹⁾, taucht der Begriff Staatsnothilfe als Rechtfertigungsgrund erstmals im Zusammenhang mit dem sog. Zabernfall²⁾ auf.

Im November 1913 wurden mehrfach Offiziere der Garnison Zabern (heute Saverne) von Teilen der elsässischen Bevölkerung, die durch Vorfälle in der Kaserne aufgebracht war (Beschimpfung der französischen Fremdenlegion und der Tricolore, Bezeichnung der elsässischen Rekruten als "Wackes") in der Öffentlichkeit beleidigt bzw. beschimpft. Da nach Ansicht des Militärs die zuständige Zivilverwaltung nicht in der Lage war, ausreichend Abhilfe zu schaffen und dem Militär hinreichenden Schutz zu gewähren, ließ der Regimentskommandeur, als sich die Vorfälle wiederholten, einen von einer aufgebrachten Menge besetzten Platz räumen. Anschließend wurden Patrouillengänge ausgeführt, bei denen etwa 30 Personen, z.T. unbeteiligte Passanten verhaftet und bis zum nächsten Morgen im Keller der Kaserne festgehalten wurden.

1) Hier soll nicht verkannt werden, daß die - weitergehende - Problematik von Staatsnot und Tyrannennord von jeher bekannt war. (Vgl. die reichhaltigen Nachw. bei Folz, S. 152 ff sowie Bartolus, Tractatus, qui sunt rebelles, unter rebellando Nr. 22; Matthäus, de criminibus, zu Dig.lib. 48, tit. 2, cap. 2, § 6; Feuerbach, Lehrbuch, 10. Aufl. 1828, § 170

2) Heiliger, S. 4; Verhandlungen des Reichstags, Bd. 291, S. 640 ff, bes. 6140 bis 6197

In der daraus folgenden, sehr erregten Reichstagsdebatte machte der konservative Abgeordnete v. Bieberstein¹⁾ zu Gunsten des Militärs geltend, dieses habe zur Wahrung der zugleich mit den Beleidigungen und Bedrohungen der Armee ernstlich bedrohten Autorität der Staatsgewalt zur militärischen Selbsthilfe greifen müssen, da die zivile Sicherheitsbehörde bei den ersten Vorfällen gar nicht oder nicht genügend eingeschritten sei.

1) AaO. S. 6179 f

2.2 Der Kapp-Putsch¹⁾

Zu Beginn des Jahres 1920 versuchte die Reichsregierung die sich in zahlreichen politischen Gewaltakten betätigende Marinebrigade des Korvettenkapitäns Ehrhardt aufzulösen. Die gegen die Leiter der "Nationalen Vereinigung" ergangenen Haftbefehle konnten nicht vollzogen werden. Von dem Hauptmann Papst vorbereitet kam es im Frühjahr 1920 zum Staatsstreich des Generallandschaftsdirektors Kapp und des Oberbefehlshabers der Reichswehr v. Lüttwitz. Am 13.3.1920 rückte Ehrhardt mit 3 baltischen Divisionen in Berlin ein. Vorausgegangen war ein Ultimatum der Verschwörer an die verfassungsmäßige Regierung Bauer, das die Besetzung der Hauptstadt androhte, falls die Regierung nicht die Macht an Kapp übergebe. Bauer lehnte ab und ordnete polizeiliche Widerstandsmaßnahmen an. Wenige Stunden nach dem Einmarsch in Berlin war von Lüttwitz Herr der Lage. Die Reichsregierung floh nach Dresden. Vorher forderte sie die Bevölkerung zum Generalstreik auf. Dieser Aufruf wurde befolgt, das gesamte öffentliche Leben lahmgelegt. Kapp sah sich einer gänzlich neuen Sachlage gegenüber. Am 17.3. erklärte er, daß er die Macht preisgäbe.

Die Verteidigung der Angeklagten, die an dem Putsch beteiligt gewesen waren, nahm für diese Staatsnothilfe in Anspruch²⁾. Die Reichsregierung habe schon seit Monaten nicht mehr auf dem Boden der Weimarer Verfassung gestanden. Der Verfassung zuwider habe sie die Wahlen zum Reichstag hinausgezögert und die Nationalversammlung bis März 20 weitertagen lassen, obwohl deren Aufgabe, dem Reich eine Verfassung zu geben, längst erfüllt gewesen sei. Auch seien Bestrebungen im Gange gewesen, entgegen

1) Zum Sachverhalt vgl. RGSt 56, 259 ff

2) AaO S. 267

Art. 41 WV die Wahl des Reichspräsidenten nicht durch das Volk, sondern durch das Parlament vornehmen zu lassen. Diesen offenbaren Verfassungswidrigkeiten gegenüber habe für den Staatsbürger das Recht auf Notwehr bestanden. Zumindest hätten die Angeklagten geglaubt, ein solches Notwehrrecht zu besitzen. Das gewaltsame Eingreifen der Marinebrigade enthalte daher nichts strafbares. Es sei nur erfolgt, um die WV zu verteidigen und die Reichsregierung wieder auf den Boden der Verfassung zurückzuführen.

Der Begriff Staatsnothilfe wurde in diesem Zusammenhang aber auch von Seiten der Reichsregierung gebraucht, was Folgerungen haben sollte. Von politischen Gegnern war die Auffassung vertreten worden, der von mehreren SPD-Ministern erlassene Aufruf zum Generalstreik sei nach § 6 der Verordnung vom 13.1.20¹⁾ strafbar. Hierzu wurde von Reichsjustizminister Blunck erklärt²⁾: "Die Frage ist im Reichsjustizministerium geprüft worden. Soweit die Ermittlungen abgeschlossen sind, ist festgestellt worden, daß es sich um einen Akt der Staatsnothilfe handelte und deshalb eine strafbare Handlung nicht gegeben ist. Wenn man die Männer, die zum Generalstreik griffen, strafrechtlich verfolgen wollte, so würde mich das ebenso seltsam anmuten, als wenn man einen Scharfrichter verfolgte, der einen Raubmörder zum Tode befördert hat." Ausdrücklich nahm der Minister - ob zu Recht, sei dahingestellt - dabei Bezug auf den Zabernfall, den er als Präzedenzfall darstellte³⁾.

1) RGBI. S. 46; durch diese Verordnung war für Berlin und die Mark Brandenburg der Ausnahmezustand verkündet worden.

2) Zit. nach: Verhandlungen der verfassungsgebenden deutschen Nationalversammlung, Bd. 333, Stenogr. Berichte, Berlin 1920, S. 5098, 5103 ff

3) AaO. S. 5144

2.3 Die Fememorde und die RG-Rechtsprechung zum übergesetzlichen Notstand

Nun wurde die Staatsnothilfe wieder von der politischen Rechten in Anspruch genommen und zwar in Zusammenhang mit den sog. Fememordprozessen¹⁾. Diese Fälle sind nur aus ihrer Zeit zu verstehen, in der Deutschland ein Tummelplatz für Freikorps, schwarze Reichswehr, Organisation Consul, und ähnliche paramilitärische Untergrundorganisationen war, die sich und Andersdenkende rücksichtslos bekämpften.²⁾

A, der bei einem Arbeitskommando Dienst hatte, wurde zu einer Nachtstreife eingeteilt. Kurz vor deren Beginn wurde ihm mitgeteilt, Feldwebel L, der ebenfalls teilnehmen sollte, sei ein "Spitzel der Entente" und werde deshalb auf der Streife von Feldwebel B "beseitigt" werden; er selbst brauche nur beim Verscharren der Leiche zu helfen. Trotz dieser Eröffnung brach A zur Streife auf, ließ B gewähren und half sodann, die Leiche zu verscharren.

Er berief sich vor Gericht darauf, die Tat verübt zu haben, um einen landesverräterischen Angriff des L auf das Landesverteidigungssystem abzuwehren³⁾. Das RG hat festgestellt, daß nur vermeintliche Nothilfe in Frage komme, da für Spitzeltätigkeit L's kein Anhalt vorliege und die Frage, ob die Rechtsfigur des übergesetzlichen Notstandes⁴⁾ auf das Problem Staatsnothilfe anzuwenden sei, ausdrücklich offen gelassen⁵⁾.

1) RGSt 63, 215; 64,101

2) Vgl. Heiliger, S. 17f; v.Salomon, A, passim

3) RGSt 61,220

4) Vgl. RGSt 61,254

5) RGSt 63,225

Daß der Angeklagte sich auf Staatsnothilfe berufen konnte und daß das RG auf diese Einlassung ernstlich einzugehen hatte, lag an zwei vorausgegangenen Urteilen dieses Gerichtes. In RGSt 61, 254 ff hatte das RG die Rechtsfigur des übergesetzlichen Notstandes angewendet, was in der Literatur auf allgemeine Billigung gestoßen war¹⁾.

In RGSt 62, 35 ff, 46 ist weiter ausgesprochen worden, daß besagte Rechtsfigur möglicherweise auch in einem Fall angewendet werden könnte, in dem Spiritus unter Verstoß gegen die Branntweinmonopolvorschriften in das Monopolgebiet eingeführt worden war. Diese Einfuhren waren ins Ruhrgebiet erfolgt zur Zeit der rechtswidrigen Besetzung dieses Gebietes durch Frankreich und Belgien; zu einer Zeit also, da die wirtschaftliche Lage dieser Region sehr schwierig war. Die deutschen Behörden waren praktisch handlungsunfähig; Abgaben und Einfuhrzölle wurden nurmehr von den Besatzern erhoben²⁾. Unter dem Eindruck dieser allerdings außergewöhnlichen Situation hat das RG die Möglichkeit eines übergesetzlichen Notstandes³⁾ wegen Darniederliegen der staatlichen Autoritäten angenommen, "da die Befolgung der Vorschriften des deutschen Gesetzes unmöglich gewesen" sei.

Diese Entscheidungen, so begrüßenswert sie gewesen sein mögen, was die entschiedenen Fälle angeht, hatten die tatsächliche Konsequenz, daß man Taten, die aus heutiger Sicht ganz klar und eindeutig als rechtswidrig erscheinen⁴⁾, mit dem neuen Topos "übergesetzlicher Notstand" rechtfertigen wollte. Lag keine entsprechende Not-

1) dazu unten

2) Zur damaligen Situation der dt. Wirtschaft und Landwirtschaft sowie zur "Landvolkbewegung" vgl. RG in JW 32, 2810 mit ausführlichem, instruktivem Sachverhalt

3) Aus heutiger Sicht erscheint der Begriff Widerstand eher angebracht.

4) Vgl. RGSt 64, 101

lage des Täters vor, so war es eben der Staat, der in Not war (und wann war er es in jenen Zeiten nicht!) und dem durch die Straftat beigesprungen werden sollte.

Das RG konnte aber nun die Geister, die es gerufen hatte, nicht mehr bannen. Dort anzusetzen, wo derartige Schutzbehauptungen am ehesten und wirksamsten zurückgewiesen werden konnten, nämlich beim Nothilfsvorsatz, war ihm verwehrt: wenn die Vorinstanz festgestellt hatte, der Angeklagte habe getötet, mit der Absicht, Schaden vom Deutschen Reich zu wenden, so war das RG als Revisionsinstanz an diese tatrichterliche Feststellung gebunden. Es konnte feststellen, daß eine Notsituation des Reiches objektiv nicht vorgelegen habe¹⁾ oder daß die strafbare Handlung jedenfalls nicht das einzig nötige und mögliche Mittel zum Zweck gewesen sei²⁾. Da es das Institut unter Hinweis auf das Beispiel vom die Grenze überschreitenden Spion einmal anerkannt hatte³⁾, konnte es die Strafbarkeit von "Staatsnothelfern", deren Nothilfsvorsatz von der Tatsacheninstanz irrevisibel festgestellt war, nur noch bejahen, wenn es das Vorliegen der Staatsnotlage verneinte oder beim Begriff der Erforderlichkeit (i.S.v. § 32 n.F.StGB) ansetzte. Welcher Art aber die "Tatsachenfeststellungen" der Vorinstanzen in jenen Zeiten zuweilen waren, zeigt ein Einstellungsbeschluß des Schwurgerichts Schwerin aus dem Jahr 1929: In diesem Fall⁴⁾ hatte das Gericht dem Angeklagten, einem überzeugten Nationalsozialisten, folgendes geglaubt: Er habe 1. geglaubt, daß sein Opfer ein Spion war. Er habe 2. geglaubt, daß sein Opfer, obwohl er selbst es in einer Kaserne eingesperrt hatte, in der Lage sei, Landesverrat

1) Vgl. RGSt 63,225

2) AaO. S. 226

3) RGSt 62,35 ff; vgl. auch 63,23

4) Zit. nach Sinzheimer in: Die Justiz V, S. 65 ff;
vgl. auch DJZ 29,1459

zu begehen. Er habe 3. geglaubt, daß dieser Landesverrat von Seiten des inhaftierten angeblichen Spions unmittelbar bevorstünde. Und er habe 4. geglaubt, daß gegen den unmittelbar bevorstehenden Landesverrat des fest inhaftierten angeblichen Spions als einzige Rettung die Tötung zur Verfügung stünde.

Das Gericht glaubte dem Angeklagten also alles, was es glauben mußte, wollte es einen "außerstrafrechtlichen" Irrtum in Sinne der Irrtums-Rechtsprechung¹⁾ des RG annehmen.

Angesichts solcher Vorinstanzen, die einen "ans Wunderbare grenzenden"²⁾ Glauben in den guten Glauben des Angeklagten aufbrachten, wenn dies opportun erschien, mußte sich die Theorie des RG als willkommene Ausflucht für jeden politischen Mörder erweisen.

Jetzt (nach RGSt 63, 215) trat ein Umschwung in der Beurteilung des Problems durch die Literatur ein. Die Linke, die im Jahre 1920 die Anerkennung des Staatsnothilfrechts propagiert hatte, da man sich von Seiten der SPD-Regierung darauf berufen hatte, begann, die Existenz dieser Rechtsfigur zu bestreiten oder doch für ihre Anwendung stark einengende Voraussetzungen zu statuieren³⁾. Die Rechtspresse andererseits übernahm im Interesse der Fememörder die Rolle, für Anerkennung von Staatsnothilfe oder Staatsnotstand in der deutschen Republik einzutreten.⁴⁾ Stock⁵⁾ spricht in diesem Zusammenhang nicht ganz unzutreffend vom "Spiel des Kämmerchenvermietens mit den

1) z.B. RGSt 58,172; 61,258; 63,218

2) Sinzheimer aaO.

3) Vgl. Radbruch in: Die Justiz Bd. V, S. 125 ff;
Stock in GS 101,155

4) Vgl. Luetgebrune, S. 14 ff

5) GS 101,155

eigenen Rechtsansichten" und von "Ironie des Schicksals". Man kann nicht umhin, ein Versagen der formalen Rechtswissenschaft angesichts der politischen Dimension des Problemkomplexes Staatsnothilfe zu konstatieren.

Im Zusammenhang mit den Fememorden verdient übrigens auch der Erlass des Reichsjustizministers vom 22.3.1923 Erwähnung. Aus offensichtlich gegebenem Anlaß sah der Minister die Notwendigkeit, in ihm ausdrücklich zu verkünden, daß die Abwehr hochverräterischer Unternehmungen ausschließlich Aufgabe der Polizei sei.

Von dieser Ansicht wurde später aber offenbar abgerückt; jedenfalls verkündete der einzige Art. des Gesetzes vom 3.7.34¹⁾: "Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechters."

2.4 Staatsnothilfe und gesundes Volksempfinden

Den Entscheidungen OLG Dresden, JW 25, 1025 und BayObLG, JW 32,3775 liegen äußerlich ähnliche Sachverhalte zugrunde²⁾.

Zuschauer einer Theater- bzw. Cabaretvorführung nahmen am Inhalt des Gezeigten Anstoß und gaben dem in einer über das verkehrsübliche Maß hinausgehenden Art und Weise Ausdruck: während einer bestimmten Szene wurde das Deutschlandlied gesungen, auf einem Schlüssel gepfiffen, im 2. Fall mit Stinkbomben geworfen, Wegen ungebührlicher Erregung ruhestörenden Lärms (§ 360 Nr. 11 aF StGB) ange-

1) RGBl. S. 529; es ging um die Ermordung von Röhn und anderen SA-Führern

2) Vgl. auch BGH (Zivilsachen) in NJW 75, 1161

klagt, beriefen sich die Zuschauer auf Notwehr und Nothilfe. Sie hätten sich in bestimmten Szenen der Darbietungen in ihrer persönlichen Ehre und in ihrem vaterländischen Gefühl verletzt gesehen und weitere Angriffe erwartet. Um diesen Angriffen zu wehren, seien sie zu den o.a. Handlungen gezwungen gewesen.

Das OLG Dresden hat angenommen, zu den durch § 53 aF StGB zu schützenden Rechtsgütern gehöre auch das "edle und jedes Schutzes würdige Gefühl der Vaterlandsliebe"¹⁾. Dies Rechtsgut zu schützen sei nicht nur der Staat berufen, sondern jedermann, unabhängig vom Staat und unabhängig von der Parteistellung und der Stellung zum Staat.

In 2 Szenen der Darbietung (es handelte sich um die Tragödie "Hinkemann" von Ernst Toller) seien die Angeklagten mit rechtswidrigen Angriffen auf dies Rechtsgut konfrontiert gewesen (tatsächliche Würdigung der Vorinstanz). Mithin hätten die Voraussetzungen für Nothilfe vorgelegen.

Daß unbeteiligte Dritte in deren Recht auf ungestörte Darbietung beeinträchtigt wurden, sei unvermeidbar gewesen; daß die Angeklagten etwa auf ihre Verteidigung hätten verzichten sollen, indem sie das Theater verließen, sei ihnen nicht zuzumuten gewesen; § 53 berechtigte gerade zur Verteidigung anstelle von Flucht.

Demgegenüber stellt das BayObLG fest, daß das vaterländische Gefühl nicht zu den rechtlich geschützten Gütern gehöre. (Es handelte sich bei der Aufführung um eine Silvesterrevue namens "Verbotene Küsse") Gesellschaftswidriges, unmoralisches Verhalten stelle keinen Angriff i.S.v. § 53 dar; diese Norm schütze Gefühle nur soweit sie durch strafbare Handlungen (etwa nach §§ 185 ff StGB) verletzt würden.

1) AaO. S. 1026

Aus der neueren Rechtsprechung verdient in diesem Zusammenhang der sog. "Sünderinnenfall" Beachtung¹⁾. Der Sachverhalt entsprach den o.a. Fällen, nur hatten diesmal öffentlicher Anstand und Sitte geschützt werden sollen, und zwar vermittels Stinkbomben. Der Angeklagte, ein Geistlicher, berief sich u.a. auf Nothilfe zugunsten des Staates, der eigentlich habe einschreiten müssen. Ohne zu dem Komplex Staatsnothilfe eingehend Stellung zu nehmen, verneinte sie der BGH für den Einzelfall: "Einer Störung der öffentlichen Ordnung im Allgemeinen²⁾ ... kann ... der Staatsbürger, solange nicht auch zugleich seine Rechte verletzt werden, in der Regel nicht mit Nothilfe entgentreten"³⁾.

2.5 Staatsnothilfe durch Polizeispitzel

In einem Klageerzwingungsverfahren gem. § 172 II StPO hatte das OLG München über folgenden Fall zu entscheiden⁴⁾:

Ein Kriminalbeamter umging die Regel der §§ 102 ff StPO, die für eine Hausdurchsuchung eine richterliche Anordnung fordern, dadurch, daß er die Hausdurchsuchung nicht selbst vornahm, sondern Dritte (Angehörige der amerikanischen Kriminalpolizei) in die betreffende Wohnung schleuste. Tatbestandsmäßig begingen die CID-Beamten Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB. Nach Ansicht des OLG

1) BGHSt 5, 245 ff

2) Zur Staatsnothilfe im Straßenverkehr vgl. OLG Düsseldorf NJW 61, 1784; OLG Stuttgart NJW 66, 748; Baumann in NJW 61, 1746; 63, 220

3) AaO. S. 247

4) NJW 72, 2275 m. Anm. v. Otto, NJW 73, 667

München war die Tat aber aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes gerechtfertigt.

Zunächst weist das Gericht darauf hin, daß die Aktion auch tatsächlich Erfolg gehabt hat: die CID-Beamten haben bei der verbotenen Durchsuchung Beweismittel für Gesetzesverstöße gefunden (die in den USA allerdings nach der "Fruit-of-the-poisonous-tree-doctrine"¹⁾ nicht verwendet werden dürften). Sodann wird dargelegt, daß diese Art des Vorgehens auf einem bestimmten Sektor der Kriminalität, bei Drogendelikten nämlich, sich als sehr praktikabel erweise. Die Abwägung widerstreitender Interessen folgt für das OLG der Abwägung den verschiedenen hohen Strafdrohungen bei Verstößen gegen § 123 StGB oder § 11 BetäubungsmittelG. Es weist auf die besondere Bedrohung der Volksgesundheit durch die Rauschgiftkriminalität hin, die unbedingt in der denkbar effektivsten Weise bekämpft werden müsse. Das Vorgehen der CID-Beamten stelle ein angemessenes Mittel zur Gefahrenabwehr dar. Die Verwendung von Spitzeln sei häufig das einzig wirksame Bekämpfungsmittel. Hieraus ergibt sich für das OLG München als Folgerung, daß der Hausfriedensbruch nach den Grundsätzen des § 34 StGB gerechtfertigt sei.

Konsequenz dieser Rechtsprechung, wäre sie richtig, wäre, daß Strafverfolgungsbehörden und ihre Helfer desto weitreichende Befugnisse hätten, je höher poenalisiert die Straftaten sind, die sie verfolgen. Die Einschränkung dieser Befugnisse durch die StPO würde obsolet, wenn bei Verfolgung einer höher poenalisierten Straftat die Begehung einer niedriger poenalisierten Straftat durch § 34 StGB gerechtfertigt würde. Mord ist ohne Frage eine Bedrohung der Volksgesundheit. Darf aber derjenige, der einen Mörder verfolgt, eine mit weniger als lebenslanger Freiheitsstrafe bedrohte Tat begehen oder gehen nicht vielmehr §§ 102ff StPO dem § 34 StGB als *leges speciales* vor?

1) Hierzu Kern-Roxin § 24 IV m.w.N.

2.6 Widerstand im 3. Reich und Zusammenfassung der Fallgruppe

Die Geschichte des Widerstands gegen das national-sozialistische Gewaltregime, das Attentat vom 20.7.44, die Aktion der Weißen Rose, dürfen als bekannt vorausgesetzt werden.¹⁾

Bedeutsam im Zusammenhang dieser Arbeit ist an diesen Taten, daß sie nach den damaligen Rechtsnormen, teils auch nach den heutigen, objektiv Straftatbestände verwirklichen. Bezüglich der inneren Tatseite ist festzustellen, daß die Taten gegen einen Staat gerichtet waren, der zur Gewalt- und Unrechtsherrschaft pervertiert war, und daß sie hieraus nach dem Empfinden der Täter ihre innere Rechtfertigung²⁾ finden sollten.

Weiter wurde bei diesen Taten eine bestimmte Zielvorstellung bezüglich des Staates beobachtet, ein anderer Zustand des Staates wurde angestrebt, wie ihn z.B. der "Kreisauer Kreis" umrissen hat, und der, sehr pauschal gesprochen, den Wertmaßstäben unseres Grundgesetzes zumindest ähnelt: "Die Glaubens- und Gewissensfreiheit wird gewährleistet. Bestehende Gesetze und Anordnungen, die gegen diese Grundsätze verstoßen, werden sofort aufgehoben. Brechung des totalitären Gewissenszwanges und Anerkennung der unverletzlichen Würde der menschlichen Person als Grundlage der zu erstrebenden Rechts- und Friedensordnung. Jedermann wirkt in voller Verantwortung an den verschiedenen sozialen, politischen und internationalen Lebensbereichen mit. Das Recht auf Arbeit und Eigentum steht ohne Ansehen der Rassen-, Volks- und

1) Nachw. b. Anger, S. 196 und passim

2) Im umgangssprachlichen, nicht im strafrechtlichen Sinn.

Glaubenszugehörigkeit unter öffentlichem Schutz...¹⁾

Die Zusammenstellung dieser Fälle mit den Kapp-Iutschisten, mit den Fememördern usw. mag auf den ersten Blick widersinnig erscheinen. Es ist auch zuzugeben, daß was die äußeren Gegebenheiten angeht, eine nicht zu überschätzende Diskrepanz besteht: hier ging es um Taten gegen Träger eines verbrecherischen Gewaltregimes, dort um Attentate gegen unschuldige Bürger oder gegen Repräsentanten einer verfassungsmäßigen demokratischen Ordnung.

Gleichwohl bestehen einige bedeutsame Parallelen:

- Jeweils sind Straftatbestände verwirklicht worden, und weder ein herkömmlicher Rechtfertigungsgrund noch Staatsnothilfe greifen ein, da die Täter nicht zugunsten des gegebenen Staates handelten, sondern im Gegenteil ihre eigene Vorstellung vom Staat verwirklichen wollten;
- jeweils ist von den Tätern in staatliche Befugnisse eingegriffen worden, ohne daß sie dazu ermächtigt gewesen wären;
- jeweils sind die Taten vorgenommen worden in dem Bewußtsein, zu ihnen befugt zu sein; sei es durch höherrangiges Recht, sei es durch das Recht des Staates²⁾, der durch unfähige oder verbrecherische Organe handlungsunfähig geworden sei³⁾.

Diese Parallele vermag freilich an der rechtlichen Beurteilung der "Staatsnothilfe"-Fälle (Feme usw.) nichts

1) Nachw.b.Anger, S. 196 und passim.

2) Sauer S. 132 nennt auch die Taten des 20.7.44 unter "Staatsnothilfe"

3) Nachweise bei v. Hassel und Ebermayer, S. 175: So fühlte sich z.B. der Scheidemann-Attentäter Oehlschläger "von Gott" unabhängig von der "Judenrepublik" zu seiner Tat berufen.

zu ändern. Aber die Tatsache, daß neben diesen unbestreitbar strafwürdiger wirkenden Fällen solche existieren, die in wesentlichen Punkten insbesondere des inneren Tatbestandes konvergieren, zwingen dazu, auch letztere im Rahmen der Staatsnothilfeproblematik zu behandeln.

Würde damit nicht in ein schwebendes Verfahren eingegriffen, könnten etwa auch in diesem Zusammenhang die Taten behandelt werden, die im Stammheimer Terroristenprozeß zur Verhandlung stehen.¹⁾ Bestehen auch äußerlich gravierende Unterschiede - die BRD ist kein Unrechtsstaat wie das 3. Reich -, so ist doch die Parallele nicht zu verkennen, die darin besteht, daß ein bestimmter Zustand des Staates die Rechtfertigung für den Versuch abgibt oder abgeben soll, durch Verwirklichung von Straftatbeständen diesen Zustand zu ändern.

Diese der Fallgruppe gemeinsame wichtigste Komponente, die auf eine außer-strafrechtliche Gegebenheit, nämlich die konkrete Beschaffenheit des Staates abstellt, läßt es schon jetzt zumindest fraglich erscheinen, ob sich die Problematik mit nur strafrechtlichen Mitteln bewältigen läßt.

1) Eröffnung der Hauptverhandlung am 13.5.75 ("SZ" v. 14.5.75), ein rechtskräftiges Urteil ist heute, 6.4.77, noch nicht abzusehen.

3. Praktische Würdigung der historischen "Staatsnothilfe"-Fälle

Da die unter 2. genannten Fälle der einzige sichere und unbestrittene Anhalt in Bezug auf die Staatsnothilfe-Problematik sind, müssen sie nunmehr in praktischer Hinsicht untersucht werden, und zwar nicht primär, um einen generellen Ansatzpunkt für die juristische Würdigung des Problems zu finden, sondern weil aus heutiger Sicht nicht ganz erklärlich erscheint, weswegen sich an diesen Fällen die Staatsnothilfe-Diskussion überhaupt entzündet hat.

3.1 Der Nothelfervorsatz

Im Kapp-Putsch-Urteil¹⁾ hat das RG mit bemerkenswerter Deutlichkeit ausgesprochen, daß die Angeklagten keineswegs, wie sie vorgaben, zum Schutz der Verfassung gehandelt hätten. "Die Ziele, die Kapp und v.Lüttwitz verfolgten, als sie die Marinebrigade gegen die Reichsregierung in Marsch setzten, waren ganz andere. Das enthüllt der Brief Kapp's an...; das geht auch aus den ersten amtlichen Kundgebungen hervor... Diese Schutzbehauptung wird in dem Kapp'schen Schreiben als Farce abgetan. Was in Wirklichkeit angestrebt wurde, war die Beseitigung der bestehenden Regierungsform und die Begründung einer militärischen Diktatur, um grundlegende Änderungen der Reichsverfassung durchzusetzen ... Man würde der politischen Einsicht der Angeklagten zu nahe treten, wollte man es für möglich halten, daß ihnen diese Ziele Kapp's ein Geheimnis geblieben wäre." Das Gericht stellt also fest, daß die Angeklagten einige Ziele verfolgten und daß das Handeln zum Schutz des Staates eine reine Schutzbehauptung darstellte. Es fehlte mithin am Nothil-

1) RGSt 56, 259, 267 ff

fevorsatz, denn der Wille des Täters muß gerade darauf gerichtet sein, einen anderen vor einem rechtswidrigen Angriff zu schützen¹⁾.

Diese Feststellung ist umso bedeutsamer, als sie entsprechend auch in anderen angesprochenen Fällen nahegelegt hätte. Wer vermag aus heutiger Sicht noch der Behauptung der Zaberger Offiziere Glauben schenken, sie hätten den Schutz staatlicher Autorität im Auge gehabt, als sie die Zivilbevölkerung terrorisierten? Es ist evident, daß diese Männer nur an den Schutz ihrer empfindlichen Offiziersehre dachten, als sie sich polizeiliche bzw. richterliche Befugnisse anmaßten. Dies wurde auch seinerzeit schon erkannt, wie der Verlauf der Reichstagsdebatte zeigt, wenn auch nicht von den maßgebenden Stellen²⁾.

Ebenso unglaublich erscheint heute die Einlassung der Angeklagten in den Fememordprozessen³⁾, sie hätten ihre Opfer für Spione oder Spitzel der Entente und ihre Tötung im Sinne der Staatssicherheit für dringend geboten gehalten. Aus heutiger Sicht erscheint es schlicht unverständlich, daß sich kein Richter zu der Feststellung durchringen konnte, bei den Fememorden habe es sich um die Austragung von Streitigkeiten innerhalb von Untergrundorganisationen gehandelt, die zwar im Interesse der jeweiligen Organisation liegen mochten, aber mit Staatsschutz nicht das geringste zu tun hatten⁴⁾.

Die historischen Staatsnothilfefälle sind insofern alle ähnlich gelagert, insbesondere auch die Fälle von "Staatsnothilfe im Straßenverkehr"⁵⁾. Baumann hat in diesem Zusammenhang angesichts der evident unglaublichen

1) Schönke-Schröder Anm. 32 zu § 32

2) Verhandlungen des Reichstags, Band 291, S. 6126 ff

3) RGSt 63, 215; 64, 101

4) Vgl. v. Salomon, A, S. 80 ff und passim.

5) NJW 61, 1784; 66, 748

Einlassungen der Angeklagten festgestellt¹⁾, es sei erstaunlich, daß das Gericht hierauf überhaupt eingegangen sei. Der Grundsatz in dubio pro reo gebiete dem Richter nicht, alles ernst zu nehmen. Die Angeklagten, die den Abbruch einer Kinovorstellung durch Zertreten von Stinkbomben erzwangen,²⁾ ging es nicht um das Wohl des Staates, sondern um die Durchsetzung ihrer höchstpersönlichen Vorstellungen von Sitte und Moral in der Öffentlichkeit.

Daher ist es heute so schwer verständlich, warum diese Fälle überhaupt eine Diskussion bezüglich ihrer Rechtswidrigkeit ausgelöst haben. Nach der praktischen Fallgestaltung hätte, zumindest aus heutiger Sicht, wenn überhaupt, eine Lösung unter den Gesichtspunkten von Verbotswidrigkeit, ideologisch motivierter Zwangslage oder daraus bedingter verminderter Zurechnungsfähigkeit nahegelegen.³⁾

1) NJW 61, 1745

2) BGHSt 5, 245, 247

3) Die Motive für dieses Argumentieren neben dem Problem seitens der Justiz kann im Rahmen dieser Arbeit nur angedeutet werden. Ein Grund hierfür mag in der besonderen Persönlichkeit des Rechtsanwalts Luetgebrune gelegen haben, der im Rathenau - wie in den Femeproessen als Verteidiger auftrat (vgl. v. Salomon, B, S. 148 f). Ein weiterer Grund dürfte sein, daß die Gerichte nur selten einen so handfesten Beweis für die wahren Motive der Angeklagten vorliegen haben dürften, wie das im Kapp-Prozeß in Form eines Briefes Kapp's der Fall war. Aber in eben diesem Prozeß hatte das Gericht dem Feldmarschall Ludendorff geglaubt, er sei "rein zufällig" am fraglichen Tage um 6 h morgens beim Brandenburger Tor spazieren gegangen und sei dabei "rein zufällig" der Marinebrigade Ehrhardt begegnet, die in Berlin einmarschierte, um die Reichsregierung abzusetzen (Vgl. Ebermayer, S. 161). Auch die Tatsache, daß der Feldmarschall unmittelbar nach dem Putschversuch unter falschem Namen mit einem Privatflugzeug nach Schweden floh, konnte für das Gericht seine Glaubwürdigkeit nicht erschüttern.

Es liegt daher die Vermutung nahe, daß in Fällen von politischer Brisanz versucht wird, das Problem aus der politischen Sphäre auf eine rein formaljuristische Argumentationsebene zu ziehen. Dadurch, daß

Insofern stellen die Taten der Männer um Graf Stauffenberg eine Ausnahme dar, da sie nicht als Handlungen zugunsten eines Regimes, das in Wirklichkeit erbittert bekämpft wurde, getarnt wurden¹⁾.

3.2 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis darf einstweilen festgehalten werden, daß die Gruppe von Fällen, anläßlich derer der Begriff Staatsnothilfe geprägt wurde, samt und sonders nicht unter diesen Begriff paßt: wenn man ihn im herkömmlichen Sinne als eine spezielle Spielart von Notwehr oder auch von übergesetzlichem Notstand versteht, muß doch konstatiert werden, daß den betreffenden Tätern jeweils der entsprechende Nothelfer- usw. -Vorsatz gefehlt hat.

Da also die historischen "Staatsnothilfe-Fälle" in Wirklichkeit gar keine Fälle von Nothilfe i.S.v. § 32 StGB waren, erscheint nunmehr zumindest fraglich, ob Staatsnothilfe (wie auch immer systematisch abgeleitet) als eigenständiges strafrechtliches Institut überhaupt eine Berechtigung hat.

Bevor auf die systematische Einordnung bzw. Ableitung der Staatsnothilfe eingegangen werden kann, muß daher untersucht werden, ob das mögliche Institut Staatsnothilfe überhaupt einen realen Anwendungsbereich hat oder haben kann.

man den Schutzbehauptungen scheinbar Glauben schenkt und die Entscheidung aufgrund scheinbar wertfreier juristischer Argumente fällt, hofft man, das Urteil leichter begründbar zu machen. (Hierzu Rüthers, S. 431, 436; Simon, S. 80 ff)

1) Dazu unter 4.4

4. Untersuchung des möglichen praktischen Anwendungsbereichs von Staatsnothilfe

Da die erwähnten historischen Beispiele die Postulierung des Begriffs Staatsnothilfe (mangels Vorliegen der inneren Tatbestandsvoraussetzungen) nicht zu stützen vermögen, ist der mögliche Anwendungsbereich dieses Begriffes zu untersuchen; insbesondere anhand der zu seiner Rechtfertigung in der Literatur gegebenen Beispiele.

Hierbei sind von vornherein diejenigen Fallgestaltungen auszuklammern, die für die realistische Beurteilung des Problems nichts hergeben, obwohl sie, formaljuristisch betrachtet, unter die meisten gängigen Definitionen zu subsummieren wären, und obwohl dies in der Literatur immer wieder geschieht¹⁾: zum einen die Fälle, die in der Wirklichkeit praktisch nicht vorkommen; zum anderen die Fälle, die vermöge gesetzlicher und anderer, herkömmlicherweise anerkannter Rechtsinstitute gelöst werden können, da dann insofern keine Notwendigkeit zur Postulierung eines eigenen Rechtsinstituts Staatsnothilfe besteht. Zwar erschöpft sich eine Rechtsordnung nicht in ihren positivierten Normen. Dies erlaubt jedoch nicht eine Behandlung von positivrechtlich geregelten Fällen nach eigenen Auffassungen und *praeter legem*; insofern gilt der Vorrang des Gesetzes.

4.1 Ausklammerung der Lehrbuchkriminalität²⁾

Unter diese "Fall"gruppe wäre etwa das von Baumann angeführte Beispiel³⁾ zu zählen: Die Brieftaube eines Spions

1) Zum Beispiel Baumann, LB S. 353, Ritter, GS 115, 242

2) Auch *misleading cases* oder *uncommon law* genannt; vgl. Jäger in MSchrKrim 73, 300 ff.

3) Baumann LB S. 353

überfliegt - mit Staatsgeheimnissen beladen - die Staatsgrenze. "Der wachsame und für derartige Fälle gerüstete Staatsbürger darf mit Abschluß der Taube in das Eigentum des Spions eingreifen, um das höherwertige Rechtsgut der Staatssicherheit zu retten."

Der Tag, an dem sich ein derartiger wachsamer und gerüsteter Staatsbürger vor Gericht zu verantworten haben wird, mag Anlaß geben, sein Verhalten strafrechtlich zu würdigen. Mit den typischen, realen "Staatsnothilfefällen" hat er, wie gezeigt, nichts zu tun. Ähnlich gelagert sind die bei Ritter¹⁾ angeführten Fälle, die seiner Ansicht nach im Alltag vorkommen können und "dem Problem die lebensnahe Anschaulichkeit geben": "Jemand verhindert einen anderen mit Gewalt an dem Ausplaudern von Staatsgeheimnissen." "Eine deutsche Frau wird an der Duldung einer Rassenschande gehindert." oder "Ein Deutscher verhindert in Feindesland einen Einwohner an der Vernichtung eigener kriegswichtiger Rohstoffe, ohne daß eine Beschlagnahme ausgesprochen werden konnte."

Solche Fälle dürfen außerhalb des Rahmens der Untersuchung bleiben, weil ihnen die praktische, teils auch die rechtliche Relevanz fehlt. Sie müssen unberücksichtigt bleiben, weil sie ad-hoc-Konstruktionen zu einer Rechtsfigur darstellen, die anläßlich ganz anderstypischer Fallgestaltungen entwickelt worden sind. (Man vergleiche etwa den Kapp-Putsch mit den zuletzt genannten Beispielen!) Sie sind als Beispiels- und Illustrationsfälle zu jener in der Literatur in diesem Zusammenhang immer wieder gestellten Frage gebildet worden, ob nämlich nicht "jeder Staatsbürger das Recht und die Pflicht (haben), nach besten Kräften an der Abwendung der Staatsnot mitzuwirken"²⁾. Wer wollte diese Frage verneinen! Noch

1) GS 115,241

2) Oetker, GS 97,413

dazu, wenn sie exemplifiziert wird durch den Fall des Diebes, der mit der Staatskasse über alle Berge zu verschwinden droht!¹⁾ Aber abgesehen davon, daß "Die Staatskasse" zu stehlen heute schlechthin praktisch unmöglich ist (der letzte derartige Fall ereignete sich 1939 in Albanien²⁾), zeigt auch dieses Beispiel nur, wieviel Mühe und Phantasie seitens der Autoren aufgewendet wurde, um die Diskussion außerhalb der "Parteien Gezänk", außerhalb von Tagespolitik und aktuellem Bezug zu halten. Nun waren diese misleading cases so zahlreich wie verhängnisvoll. Zwar ist Stock³⁾ darin zuzustimmen, daß, wenn es den Rechtfertigungsgrund Staatsnothilfe geben sollte, dieser ohne Ansehung der Person jedem Täter zugute kommen muß, der unter die entsprechenden Voraussetzungen fällt, und daß eine rechtliche Beurteilung der Frage peinlich bemüht sein muß, streng unparteilich zu bleiben. Unparteilichkeit wird aber nicht dadurch erreicht, daß man den anstehenden Fall nicht entscheidet, und sich stattdessen mit einem irrealen Kathederbeispiel befaßt. Daß Oetkers Fragestellung⁴⁾ trotz ihrer scheinbaren theoretischen Abstraktheit ebensowenig unparteiisch ist wie die o.a. Definitionsversuche, zeigt ein Gegenbeispiel, das, soweit ersichtlich, in der Nachkriegsliteratur nicht erwähnt wird. Radbruch⁵⁾ stellt die Frage nach der Staatsnothilfe wie folgt: "Jeder seine eigene Polizei? Seine eigene Staatsanwaltschaft, sein eigenes RG, sein eigener Reichspräsident mit allen Rechten aus Art. 48 und sogar noch darüber hinausgehenden Rechten?"

Wer wollte die Frage bejahen! Dennoch geht es Oetker

1) Baumann, NJW 61,1746; vgl. auch RGSt 63,220

2) Allerdings handelte es sich bei dem Dieb um den König des Landes, Zogu I. Die Rechtslage ist zweifelhaft.

3) GS 101,155

4) GS 97,413

5) Die Justiz, Bd. V, S. 125 ff

und Radbruch um denselben Fall, nämlich um die Fememorde. Dies verdeutlicht, daß es hier (auch) um das unauflösliche Nebeneinander von juristischer und politischer Wertung geht; ein Aspekt, den zu verfolgen den Rahmen der Arbeit sprengen würde. Gleichwohl verdient aus bekanntem historischem Anlaß Radbruchs Frage Beachtung, denn im Anschluß daran bildet Radbruch seinerseits ein Beispiel, das man in keinem Lehrbuch beim Stichwort Staatsnothilfe findet: Man könne mit Hilfe des in Oetkers Sinne verstandenen Staatsnotstandes auch faschistische Aktivisten rechtfertigen, die es unternähmen, den Staat aus dem "permanenten Notstand seiner 'demoliberalen' Verfassung" gewaltsam zu retten. Mit diesem Beispiel nimmt Radbruch nun eindeutig Partei, er hat den Boden rein strafrechtlich-abstrakten Argumentierens verlassen. Sein Beispiel ist nur allzu praktisch. Er ist gemeint, wenn Stock anmerkt:¹⁾ "Leider sind auch manche wissenschaftlichen Aufsätze von einem leidenschaftlichen Ton nicht frei, was einer vorurteilslosen, ruhig abwägenden Behandlung des Problems sicher nicht förderlich war. Um dieser Gefahr zu entinnen, wollen wir möglichst wenig an diese politisch gefärbten Fälle denken. Hat es doch der Parteien Haß und Gunst verhindert, daß das Problem mit kühler Sachlichkeit geprüft wurde."

Dennoch wäre es wünschenswert gewesen, die Wissenschaft hätte sich damals (1929) mehr mit Radbruch's Beispiel befaßt, als mit der Brieftaube des Spions.

1) GS 101,156

4.2 Ausklammerung der Fälle, in denen anderweitige Abhilfe möglich ist

Nach allgemeiner Meinung auch (der Befürworter der Staatsnothilfe¹⁾) ist diese subsidiär, d.h. sie tritt zurück, wenn zuständige staatliche Organe eingreifen oder wenn es zur Beseitigung der Gefahrenlage ausreicht, diese Organe (Polizei usw.) zu informieren. Diese Möglichkeit dürfte im täglichen Leben den Regelfall darstellen, so daß sich der überwiegende Teil potentieller "Staatsnothilfefälle" von selbst erledigt.

4.3 Ausklammerung der Fälle, die durch vorläufige Festnahme gem. § 127 StPO gelöst werden können

Weiter dürfen die Fälle unberücksichtigt bleiben, die vermöge des Rechtfertigungsgrundes²⁾ des § 127 StPO zu lösen sind; insofern besteht kein Bedürfnis nach Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts.

4.3.1 Die Rechte aus § 127 StPO

§ 127 berechtigt zwar "nur" zur vorläufigen Festnahme, aber doch zu praktisch recht effektiven Maßnahmen. Erlaubt sind z.B. die faktische Festnahme, das Verbringen zur nächsten Polizeidienststelle und notfalls die vorübergehende Verwahrung³⁾. Reicht auch die nicht aus, so darf der Festnehmende körperliche Gewalt einsetzen.

1) Z.B. Baumann, S. 319ff; Jescheck, LB S. 254; Schmidhäuser LB 9/84

2) Allg.M.; vgl. Dreher, Anm. 7 vor § 32

3) Kleinknecht, Anm. 4 zu § 127

Erlaubt wurden von der Rechtsprechung z.B. Packen an der Brust¹⁾, Fesselung²⁾, Drohen mit Schußwaffengebrauch, jedoch nicht Schießen selbst³⁾.

Im übrigen gilt das Verbot der seelischen und körperlichen Mißhandlung der Festgenommenen (Art. 104 I 2 GG), der Verletzung von Leib und Leben⁴⁾ und der Beschimpfung⁵⁾.

Zu solchen Maßnahmen ist jedermann befugt, und zwar 1. wenn der Täter auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird und er 2. entweder fluchtverdächtig ist oder seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann.

Wenn man diese Grundsätze auf den Fall es über die Grenze fliehenden Spions anwendet, der seit bald 50 Jahren immer wieder als Argument für die Rechtsfigur Staatsnothilfe herangezogen wird⁶⁾, kommt man zu folgendem Ergebnis: Der Spion hat einen Straftatbestand vollendet, nämlich den des § 96 StGB; bezüglich eines weiteren (§ 94) befindet er sich im Versuchsstadium und ist auch insofern gem. § 23 I, 12 I StGB strafbar⁷⁾. Das Handeln des Spions bildet einen einheitlichen, wenn auch mehraktigen Deliktsgeschehen, der erst beendet ist, wenn das Staatsgeheimnis an seinen ausländischen Bestimmungsort gelangt ist⁸⁾. Mithin hat der einzelne Staatsbürger, der den Spion in

1) RGSt 34,446

2) RGSt 17,128

3) RGSt 65,396

4) RGSt 69,308

5) BayObLGSt 33,42

6) RGSt 62,35; Jescheck S. 228

7) Strafbarer Versuch genügt; Allg.M; Kleinknecht, Anm.4 zu § 127

8) Abgesehen vom Problem der lokalen Geltung deutschen Strafrechts greift § 127 bis zur Beendigung der Tat ein.

Kenntnis der Situation antrifft, aus § 127 StPO ein Festnahmerecht; ohne daß zur Hilfskonstruktion Staatsnothilfe gegriffen werden müßte.

§ 127 StPO gibt hier dem Privatmann nicht mehr und nicht weniger Befugnisse, als er aus § 32 StGB haben könnte¹⁾. Auch bei der anderen "unpolitischen" Fallgruppe, die für die Postulierung der Staatsnothilfe bemüht wird²⁾, nämlich die Fälle von Diebstahl oder Sachbeschädigung bei Fiskaleigentum, reicht § 127 völlig aus. Auch schon der Versuch einer Sachbeschädigung an staatlichem Eigentum ist strafbar (§ 304 II, wenn nicht gar § 305), da³⁾ solches in aller Regel "zum öffentlichen Nutzen dient"; mithin liegt strafbarer Versuch vor; der Private kann gem. § 127 eingreifen.

4.3.2. Zur Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen; insbesondere von Staatsnothilfe und § 127 StPO

Da sich gezeigt hat, daß ein überwiegender Teil der Fälle, für die der Rechtfertigungsgrund Staatsnothilfe postuliert wurde, bereits von § 127 StPO erfaßt werden, ist zu untersuchen, in welchem Verhältnis (will man weiterhin an Staatsnothilfe als Rechtfertigungsgrund festhalten) diese beiden Institute zu einander stehen.

Die einzelnen Rechtfertigungsgründe sind ja generell von einander unabhängig und können daher zu mehreren nebeneinander angewendet werden. Der früher gegen diese Ansicht geäußerte rechtslogische Einwand, daß man eine schon

1) Dreher, Anm. 8 zu § 32

2) Baldus in LK, Anm. 39 zu § 53

3) Bejaht für Feuermelder RGSt 65,134; für Abortfenster im Bundesbahnwagon BGH MÜR 52, 532

brennende Kerze nicht noch einmal anzünden oder ein bereits verloschenes Licht nicht noch einmal löschen könne, überzeugt nicht¹⁾. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit ist kein singulärer, gleichsam naturwissenschaftlicher Vorgang wie der Fall eines Steines, der erst wiederholt werden könnte, wenn man den Stein zu seinem Ausgangspunkt zurückbrächte. Der Ausschluß der Rechtswidrigkeit ist zwar auch ein Ereignis in der Seinswelt, aber primär ein Bewertungsvorgang auf geistig-gesellschaftlicher Ebene, seiner Natur nach komplex wie ein Denkprozeß und wie dieser kumulierbar. Außerdem besteht das Nacheinander der Bewertung einer Tat im Hinblick auf mehrere Rechtfertigungsgründe nur in der Sprache und liegt in deren Eindimensionalität begründet, nicht in dem Bewertungsvorgang, der in aller Regel ein einheitliches Geschehen darstellt.

Grundsätzlich besteht keine bestimmte Rangfolge der Rechtfertigungsgründe²⁾. Es können daher auch nicht die Begriffe Exklusivität oder Konsumtion aus der strafrechtlichen Konkurrenzenlehre angewendet werden. Eine Ausnahme hiervon gilt für die Erscheinungen Spezialität und Subsidiarität. Beide Begriffe sind keine Spezifika der strafrechtlichen Verbrechenskonkurrenz, sondern als Kennzeichnung allgemeiner Formen und Regeln der Konkurrenz von Rechtssätzen auch außerhalb des Strafrechts in Gebrauch³⁾.

Spezialität liegt nach allgemeiner Meinung⁴⁾ dann bei einer aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehenden Norm vor, wenn ihr Tatbestand alle Tatbestandsmerkmale einer anderen Norm enthält und darüber hinaus noch mindestens ein anderes Merkmal aufweist, durch das die Vorschrift zu einer

1) Vgl. Warda, S. 151 ff

2) Warda, aaO

3) Larenz, A S. 173 ff; ders., B S. 268

4) Klug ZStW 68, 400 ff; Larenz B S. 268; Warda, S. 153

(relativ) engeren Norm wird, die nur einen Ausschnitt aus dem Anwendungsbereich der anderen Norm erfaßt.

Konsequenz dieses Phänomens Spezialität ist nach überwiegender Meinung¹⁾, daß das spezielle Gesetz das allgemeinere ausschließt. An dieser Lehre hat Warda²⁾ Kritik geübt; nach seiner Auffassung ermangelt sie der stichhaltigen Begründung. Auch er erkennt aber die Verdrängung der allgemeinen durch die spezielle Norm an, wenn sich ein dahingehender gesetzgeberischer Wille durch Auslegung ermitteln läßt.³⁾ Dieser Wille läßt sich aus 3 möglichen Umständen erschließen, nämlich daraus, daß eine Vorschrift 1. den Unrechtsausschluß für einen bestimmten Sachverhaltsbereich an gegenüber einer anderen Norm enger und zusätzliche Voraussetzungen knüpft, 2. ohne Verschärfung der Rechtfertigungsvoraussetzungen die Rechtfertigungsfolge auf bestimmte Tatbestandshandlungen oder in sonstiger Weise nach Art und Umfang beschränkt, oder 3. über die Rechtfertigungswirkung hinaus zusätzliche Rechtsfolgen für ihren Regelungsbereich anordnet oder ausschließt.

Hieraus folgt für das Verhältnis von § 32 StGB zu § 127 StPO. Die beiden Normen haben nicht viel gemeinsam; die eine gehört dem materiellen Strafrecht an, die andere nur soweit, als sie einen Rechtfertigungsgrund normiert, aber primär dem Prozeßrecht. Was aber ihre Funktion als Rechtfertigungsgründe angeht, sind sie gleichermaßen anerkannt⁴⁾. Was ihre Zielrichtung angeht, so ist § 32 StGB mehr auf den Zeitraum vor und während der Deliktsbegehung, § 127 StPO mehr auf den Zeitraum danach zugeschnitten. Auf der Tatbestandsseite erscheint § 32

1) Klug aaO; Mezger-Blei S. 324

2) S. 155

3) 165 f

4) Allg. M.; vgl. z.B. Lackner, Anm. 7 vor § 32

StGB weiter gefaßt; es wird lediglich ein tatbestandsmäßiger, rechtswidriger Angriff vorausgesetzt, während bei § 127 zumindest ein strafbarer Versuch vorliegen muß.

Auf der Rechtsfolgeseite ermöglicht § 32 StGB jede zur Abwehr erforderliche Tat, während § 127 StPO gar nicht einmal reine Abwehrhandlungen rechtfertigt, sondern nur Handlungen zur Identitätsfeststellung und Verfahrenssicherung und auch diese nur in gewissem Rahmen (z.B. keine Tötung). Letzteres ergibt sich logisch aus dem Zweck der Normen, nämlich im Fall des § 127 aus dem Zweck der praktischen Durchsetzung des gesellschaftlichen Strafanspruchs, im anderen Fall aus der Sicherung des Grundrechts aus Art. 2 II GG. Diese Funktion von § 127 StPO führt dazu, daß diese Norm als *lex specialis* für all die Handlungen anzusehen ist, die dem Zweck der Norm nach ihrer Zielsetzung dienen sollen und ihr zu dienen in dem o.a. Rahmen objektiv geeignet sind. Man kann insofern von funktioneller Spezialität sprechen¹⁾. § 127 StPG erfüllt, was derartig finale Handlungen angeht, von Warda's Spezialisitätsvoraussetzungen (s.o.) sowohl die 1. wie die 2.: Engerer Sachverhaltsbereich einerseits, Rechtfertigung eines engeren Kreises von Tatbestandsverwirklichungen andererseits.

Mithin greift in Fällen, in denen an sich § 32 StGB und § 127 StPO verwirklicht wären, nur letztere Norm als *lex specialis* ein. Zur Verdeutlichung: Das Festhalten des mit der Beute enteilenden Diebes ist objektiv eine Handlung zur Verfahrenssicherung bzw. Identitätsfeststellung; insofern greift § 127 allein ein. Dem Dieb die Beute wegzunehmen ist aber keine derartige finale Handlung; sie wird, wenn überhaupt, allein durch § 32 gerechtfertigt.²⁾

1) Vgl. Warda S. 166

2) RGSt 60, 277

Die Verdrängung von § 32 StGB durch § 127 StPO ergibt sich noch aus einem anderen Gesichtspunkt. § 127 ist eine Norm, die dem Prozeßrecht, also dem öffentlichen Recht im engeren Sinne angehört. Nun ist aber die Eingriffssituation, um die es bei den gängigen Definitionsversuchen der Staatsnothilfe¹⁾ geht, wie noch im einzelnen zu zeigen sein wird, eine Situation von zutiefst öffentlich-rechtlicher Problematik.²⁾ Zum einen greift der Beteiligte, der dem "Staate beispringt" in den grundrechtlich geschützten Freiheitsraum seines Widersachers ein. Wenn sein Handeln von der Rechtsordnung legitimiert sein soll, so spricht zumindest eine gewisse Vermutung dafür, daß die diesbezügliche Norm kraft ihrer Funktion eine öffentlich-rechtliche Norm ist.

Zum anderen ist die Zielvorstellung des "Staatsnot Helfers" in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle auf Durchsetzung des gesellschaftlichen Strafanspruchs gerichtet, also entsprechend dem Zweck von § 127 StPO. Keine Ausnahme hiervon gilt in den Fällen, in denen auch zum Zweck der Verbrechenshinderung tätig geworden wird, da auch hier in aller Regel schon ein strafbarer Versuch, also ein entstandener Strafanspruch des Staates vorliegen wird.

Mag der Handelnde auch keine Ahnung von der Existenz des § 127 haben, so ist seine Tat doch objektiv ein Akt im Vorfeld des Strafprozesses und durch diese Zusammengehörigkeit determiniert und legitimiert. Daher ist es auch nur sinnvoll, in diesen Fällen § 127 StPO als die der Problemmaterie sachlich nähere, originäre Regelungsnorm § 32 StGB verdrängen zu lassen.

Dies widerspricht auch nicht dem Grundsatz von der

1) Vgl. Baumann, S. 353; Diebstahl von Staatseigentum

2) Zuerst erkannt von Ritter, GS 115,239,242; vgl. auch Heiliger, S. 38

Einheit der Rechtsordnung¹⁾; vielmehr folgt es gerade daraus. Gerade weil nicht in einem Rechtsgebiet rechtmäßig sein kann, was in einem anderen rechtswidrig ist und gerade, weil das Strafrecht stets offen bleiben muß für Rechtfertigungsgründe aus allen denkbaren Rechtsgebieten,²⁾ muß der allgemeinere Rechtfertigungsgrund zurückstehen, wo die inkriminierte Handlung durch Im-Zusammenhang-wirken mit einem die Problemsituation spezieller regelnden Rechtsgebiet determiniert war. Gerade durch dieses Zurückstehen des allgemeineren Satzes wird ja der Grundsatz von der Einheit der Rechtsordnung am klarsten verifiziert.

Es erscheint aber auch aus praktischen Gründen geboten, § 127 StPO vor § 32 StGB den Vorzug zu geben. Ohne der Untersuchung der Lösung des Staatsnothilfeproblems unter Notwehr-Gesichtspunkten auf ihre Stimmigkeit vorzugreifen,³⁾ läßt sich schon jetzt sagen, daß § 127 zu sachgerechteren Ergebnissen führt, was die Qualität der gerechtfertigten Tathandlungen angeht.

§ 127 StPO ermöglicht von vornherein nur Tathandlungen, die zur Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs objektiv notwendig und geeignet sind. Die Abwendung des rechtswidrigen, gegenwärtigen Angriffs auf Rechtsgüter des Staates geschieht in erforderlichem Ausmaß ohnehin nur durch Tathandlungen, zu denen der Festnehmende nach § 127 StPO berechtigt ist. Tathandlungen, die den von § 127 gezogenen Rahmen überschreiten, sind also gar nicht mehr erforderlich i.S.v. § 32 StGB³⁾. Die Anwendung von § 127 StPO bietet aber den Vorteil, daß generell nur auf das Ziel der Festnahme gerichtete finale Tathandlungen gerechtfert-

1) Maurach, LB 364 ff, 428

2) So kann in absehbarer Zeit an einen neuen Rechtfertigungsgrund aus dem Umweltschutzrecht bzw. der Zielvorstellung des § 1 BuImmSchuG zu denken sein

3) Hierzu eingehender unten

tigt werden¹⁾, so daß Schwierigkeiten bei der Grenzziehung nur bei der Intensität der Handlung auftreten können. Nach § 32 StGB kann hingegen grundsätzlich jede beliebige Tathandlung in Frage kommen; das Problem der Abgrenzung erwächst hier aus den Merkmalen der "Erforderlichkeit" und "Gebotenheit". Festzustellen, ob diese Merkmale erfüllt oder nicht erfüllt sind, zwingt zu einer äußerst schwierigen Abwägung der Proportionalität von Angriffs- und Abwehrmaßnahmen einerseits, und der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter andererseits, wie die unabsehbare Rechtsprechung zeigt²⁾. Derartige Güterabwägungen müssen stets, von ihrer faktischen Erforderlichkeit abgesehen, fragwürdig bleiben, da sie letztlich nicht voll rechtlich oder rational nachvollziehbar sind³⁾. Man kann zwar sagen, man wäge das Rechtsgut X gegen das Rechtsgut Y ab; man kann weiter Umstände aufzählen, die für den Vorrang des einen oder des anderen Rechtsgutes sprechen, man kann Schrifttum und Rechtsprechung über deren Ausmaß und Wert zitieren; man kann von der Gesamtgesellschaft oder vom Individuum her argumentieren; die Entscheidung, dem einen Argument mehr Gewicht beizumessen als dem anderen bzw. dem einen Rechtsgut den Vorrang zuzuerkennen, bleibt stets eine des Gefühls, für die als rationale Stütze einzig der Konsens der Rechtsgenossen in Frage kommt⁴⁾. Wenn von Sorgfalt bei der Güterabwägung die Rede ist⁵⁾, so kann darunter nur die Gründlichkeit verstanden werden, mit der möglichst alle wechselseitigen Argumente aufgezeigt und bewußt gemacht werden.

Diese Abwägung ist, von besagten Inponderabilien abge-

1) Allg.M., vgl. Kleinknecht, Anm. 4 zu § 127

2) Zum Problem der Unfugabwehr vgl. RGSt 23,117; OLG Stuttgart DRZ 49,42; BayObLGSt 64,111

3) Vgl. Arthur Kaufmann, A, S. 62

4) Dazu unten

5) Z.B. Baumann LB S. 319

sehen, im Bereich der Staatsnothilfe besonders deshalb problematisch, weil hier ein mit allerlei politischen Wertungen befrachteter Vorgang im Nachhinein aufgrund dogmatischer Wertsetzungen beurteilt wird, fern vom Ort des Geschehens, während sich der tatsächliche lebendige Sachverhalt möglicherweise in Sekundenschnelle abgespielt hat und von den Beteiligten gar nicht in allen Einzelheiten bewußt wahrgenommen werden konnte.

Dagegen ist die Grenzziehung bei § 127 StPO hier von mehr objektiver Art, da sie durch das Ziel der Tathandlung, Durchsetzung des Strafanspruchs, von vornherein determiniert ist.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß weder der Fall des über die Grenze fliehenden Spions noch der des Diebstahls von Staatseigentum das Institut Staatsnothilfe stützen können, da § 127 aus Gründen der Spezialität wie der Praktikabilität den Vorrang hat und § 32 verdrängt.

4.4. Ausklammerung der Fälle, in denen Selbsthilfe vorliegt

Auszuklammern aus der Untersuchung des Problems Staatsnothilfe sind weiter die Fälle, in denen neben möglicher "Staatsnothilfe" zugleich Selbsthilfe (gleichviel, ob § 32 oder § 34 oder auch überhaupt kein Rechtfertigungsgrund eingreifen) vorliegt. In diesen Fällen ist die Tat einzig in Hinblick auf die Selbsthilfe zu beurteilen. Greift z.B. § 32 StGB direkt ein, so besteht keinerlei Notwendigkeit, ein neues Rechtsinstitut zu konstruieren. Ist aber die Tat durch keinen solchen herkömmlichen Rechtfertigungsgrund legitimiert, so wird grundsätzlich zu fragen sein, ob, was als Selbsthilfe verboten war, dem erlaubt sein kann, der als Helfer des Staates auftritt, ohne dazu er-

nannt zu sein¹⁾.

Aber auch aus rein sachlichen Gründen wirkt die Konstruktion Staatsnothilfe in diesem Zusammenhang fehl am Platz. Nothilfe zugunsten des Staates neben Notwehr oder einfache (rechtswidriger) Selbsthilfe für möglich zu halten, erscheint ganz einfach unrealistisch. Wer eindeutig zu seinen eigenen Gunsten einen Straftatbestand erfüllt, wer einen wirklichen oder vermeintlichen Angriff auf ein wirkliches oder vermeintliches eigenes Rechtsgut abwehrt, der handelt, was den Vorsatz angeht, in aller Regel nur zu seinen eigenen Gunsten, ohne dabei darauf zu achten, ob er möglicherweise auch Übles vom Staat abwendet. Man wird insofern von einer Vermutung sprechen können, die besagt, daß bei Bedrohung von staatlichen wie eigenen Interessen die Reaktion des Bedrohten primär durch das gefährdete natürliche Eigeninteresse motiviert wird. Der menschliche Instinkt wird nun einmal in Gefahrensituationen zuerst vom Selbsterhaltungstrieb bestimmt. Freilich gilt dieser Satz nicht ohne Einschränkungen (etwa wenn andere Menschen mit in Gefahr sind), wohl aber beim Staat. Uneigennützige Hingabe für den Staat, die das Eigeninteresse überwiegt, erscheint nicht vorstellbar; man verwechsle die Selbstaufopferung eines Winkelried oder auch eines Grafen Stauffenberg, der für Deutschland, d.h. für seine Vorstellung von Deutschland starb, nicht mit einer Aufopferung für die juristische Person Staat als solchen. Es geht nicht an, seine Tat, mag sie auch "für" etwas motiviert gewesen sein, als Nothilfe zugunsten des konkreten Staates aufzufassen, der gerade bekämpft wurde²⁾.

Schließlich ist die Rechtswidrigkeit einer Tat stets primär an der Berechtigung dessen zu prüfen, der sie tut,

1) Dazu unten

2) So aber Sauer, S. 131

und erst sekundär an überwiegenden staatlichen Interessen. So wie § 32 StGB § 127 StPO verdrängt, wo ein Polizist in berechtigter Notwehr handelt,¹⁾ so ist die Rechtfertigung aus berechtigtem Eigeninteresse der aus berechtigtem Schutz fremder Rechtsgüter grundsätzlich vorrangig.

4.5 Zwischenergebnis

Nach dem bisher Gesagten ist nunmehr zu untersuchen, ob eine grundsätzliche Beurteilung des Begriffs Staatsnothilfe dahinstehen kann, oder ob nicht weitere Konsequenzen gezogen werden müssen. Um die Notwendigkeit und Nützlichkeit des Begriffs Staatsnothilfe zu rechtfertigen, genügt den meisten Lehrbüchern ein Hinweis auf den an entlegener Stelle über die Grenze fliehenden Spion.²⁾ Dieser Hinweis genügt aber nicht, um die vorhandenen schweren Bedenken gegen das Rechtsinstitut Staatsnothilfe auszuräumen. Zum einen gehört er in das Reich der Lehrbuch-Kriminalität und kann naturgemäß wenig zur Einschätzung tatsächlich relevanter Lebenssachverhalte beitragen. Zum anderen ist er objektiv ungeeignet, die Theorie von der Staatsnothilfe zu untermauern. Ebenso wie in den anderen Fällen, in denen ein Anhalt für die Notwendigkeit dieser Rechtsfigur gesucht wird (Diebstahl staatlichen Eigentums, Attentat auf staatliche Organe) greift die jedermann befugende, prozeßrechtlich-ordnungsrechtliche Norm des § 127 StPO ein. Sie ist *lex specialis* und gibt dem "Staatsnothelfer" alle Befugnisse, die zur Unschädlichmachung des Spions notwendig sind. Und selbst wenn diese Befugnisse nicht ausreichen, weil der Spion von der Schußwaffe Gebrauch macht (oder damit droht), ist kein Raum für Staatsnothilfe, da sich der Festnehmen-

1) RGSt 60,277

2) Baumann LB S. 319; Maurach LB S. 391; Sauer S. 132; Welzel LB S. 88

de nunmehr in einer¹⁾ Notwehrlage befindet.

Die übliche Fragestellung "Muß nicht jeder gute Bürger dem Staat helfen dürfen?" gibt also keinen Anhalt für die Konstituierung des Rechtsinstituts Staatsnothilfe, da jener gute Bürger bereits durch § 127 StPO oder durch Notwehr gerechtfertigt ist.

Daher erweist sich die Konstituierung dieses Instituts als unnötig und, wie die eingangs aufgezählten Fälle verdeutlicht haben, als kriminalpolitisch gefährlich und verfehlt. Der Begriff Staatsnothilfe wird in keinem praktischen Fall zur Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Handelns herbeigezogen werden müssen bzw. können.

1) nicht provozierten; die versuchte Festnahme ist ja rechtmäßig; vgl. Dreher, Anm. 8 zu § 32

5. Untersuchung der Staatsnothilfe-Problematik unter systematischen Gesichtspunkten des Strafrechts

Abgesehen von der praktischen Anwendbarkeit des Rechtsinstituts kann nunmehr auch die Stimmigkeit der Staatsnothilfe im System des Strafrechts untersucht werden.

5.1. Lösung der Staatsnothilfe-Problematik unter dem Aspekt der Notwehr, § 32 StGB

Vielfach ist Staatsnothilfe als Nothilfe zugunsten des Staates i.S.v. § 32 StGB abgeleitet worden.¹⁾ Es ist daher zu untersuchen, ob und inwieweit das Institut der Notwehr, § 32 StGB, von seinem Ansatz her überhaupt paßt, um das Problem "Staatsnothilfe" sachgerecht zu behandeln. Dies muß ja, nachdem deutlich geworden sein mag, wie sehr dieser Komplex mit politischen Wertungen beladen ist, fraglich erscheinen.

Die weitgehende Zulassung des Notwehrrechtes ist erst Produkt neuerer Entwicklung. Die Carolina verlangte Angriffe auf Leib oder Leben mit tödlichen Waffen und außerdem, daß "der benöttigt kan fuglich an ferlichkeyt oder Verletzung, seines Leibs, Lebens, Ehr und guten Leumuts nicht entweichen".²⁾ Voraussetzung war ferner ein Angriff auf den Täter selbst; die Tötung "zur Rettung eines andern Leib, Leben oder Gut" galt nur als sonstige Entschuldigung "so dieselben ursachen recht und ordentlich gebraucht"; hier war der Rat der Rechtsverständigen einzuholen.³⁾

1) Z.B. Maurach LB S. 391; RGSt 63,215,220; Lackner, Anm. 2 zu § 32

2) Art. 140

2) Art. 150

Das Verbesserte Landrecht des Königreichs Preußen von 1721¹⁾ und die Theresiana von 1768²⁾ übernehmen fast wörtlich die Regelung des Art. 140 der Carolina. Die Nothilfe wird von der Theresiana überhaupt nicht erwähnt, vom Preußischen Landrecht auf Angehörige beschränkt.

Der Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 enthält ein recht weitgehendes Notwehrrecht; auch zum Schutze des Eigentums, nicht aber der Ehre. Wie das Allgemeine Landrecht³⁾ räumt er das Notwehrrecht auch zur Rettung "der Seinigen oder auch anderer in rechtmäßiger Notwehr Begriffener" ein. Die Regelung des Preußischen StGB von 1851, die unverändert in das StGB von 1871 übergegangen ist, ließ Notwehr nach Gegenstand und Verhältnismäßigkeit unbeschränkt zu. Das 2. StRG⁴⁾ brachte mit der jetzigen Fassung des § 32 StGB nur geringfügige technische Änderungen⁵⁾ gegenüber § 53 aF.

Wie man sieht, ist die Ausweitung der Notwehr als Selbsthilfe zur Nothilfe zugunsten Anderer relativ neueren Datums und war ursprünglich auf Angehörige beschränkt (vgl. noch heute die entsprechende Regelung beim entschuldigenden Notstand, § 35 I StGB). Die Frage, ob es Nothilfe zugunsten des Staates geben könne, wurde von der Justiz erstmals 1929 (bejahend) beantwortet.⁶⁾ Daß aber vom Recht des Einzelnen auf Selbstverteidigung zur Staatsnothilfe ein langer und gewundener Weg geführt haben muß, vermag nur der nicht zu sehen, der gänzlich im begrifflichen Denken verhaftet ist. ("Der Staat ist eine juristische Person; eine juristische Person kann Träger von Rech-

1) 6. Buch, 6. Titel, Art. XIV

2) Art. 84

3) 2. Teil, XX. Titel, §§ 517-524

4) v. 30.3.73, BGBI. I, S. 909

5) Vgl. Stree in JuS 73, 461

6) RGSt 63, 220

ten sein; wenn eine Verletzung eines dieser Rechte durch einen rechtswidrigen Angriff droht, muß Nothilfe gem. § 32 StGB gestattet sein.")

Zu welcher Fülle von Problemen diese Gleichsetzung von Staat und Individuum bei der Nothilfe führt, wenn man die Frage stellt, w e l c h e r Staat denn eigentlich gemeint ist, kann hier nur angedeutet werden. (Gibt es etwa Nothilfe zugunsten des Freistaates Bayern gegen die DDR? Kann sich der ausländische Spion auf Nothilfe zugunsten seines Staates berufen?¹⁾)

Der Staat als eine juristische Person ist nun einmal etwas grundsätzlich anderes als der Mensch. Er kann zwar wie dieser Eigentümer, Vertragspartner, säumiger Schuldner usw. sein, der Bestand des Staates ist dem Leben eines Menschen nie vergleichbar; alles staatliche Handeln bleibt der Würde des Menschen verpflichtet, Art. 1 I GG. Nun sind aber die Fälle, in denen der Staat als Fiskus betroffen ist, für unsere Fragestellung ohne Bedeutung. Wird nur das Eigentum des Staates durch Diebstahl oder Sachbeschädigung bedroht, so ist, wie o.a., § 127 StPO lex specialis und auch zu Abwehr aller derartigen Angriffe völlig ausreichend. Daher begegnet der Versuch, einen "Schutz" des Staates vor anderen (schwereren) Bedrohungen auf Nothilfe zu stützen, grundsätzlichen Bedenken.

Da die Staatsnothilfe, soweit sie als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird, jedenfalls gegenüber der möglichen Gefahrenabwehr durch den Staat selbst subsidiär ist²⁾, wäre im Fall der "Nothilfe" gegen einen Hochverrat (§ 81 StGB) zu fragen, inwieweit der "Nothelfer", der ja erst ein Recht zum Eingreifen haben soll, wenn die zuständigen staatlichen Organe versagen³⁾, überhaupt noch ein taugli-

1) Bejahend Stock in GS 101, 148 ff, 166.

2) All.M., vgl. BGHSt 5, 247; Maurach LB S. 391

3) Baumann LB S. 349

ches Objekt schützt; mit anderen Worten, inwieweit ein Staat, der solch elementare Funktionen auszuüben nicht mehr in der Lage ist, überhaupt noch ein Staat ist.

Diese Frage erscheint zunächst spitzfindiger, als sie ist, denn praktisch stellt sie sich ja nicht in unseren, vergleichsweise stabilen Zeiten, sondern in Zeiten, in denen Menschen wie Kapp oder Hitler nach der Macht greifen. Wenn etwa ein einzelnes Organ des staatlichen Selbstschutzes versagte, wäre der einzelne Bürger natürlich berechtigt, nach § 127 StPO entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Es geht hier aber um die Frage, was gälte, wenn z.B. die Schutzbehauptungen der Angeklagten im Fememordprozeß¹⁾ auf Tatsachen beruht hätten; d.h. was gälte, wenn das Opfer tatsächlich ein "Spitzel der Entente" gewesen wäre und die Täter anderweitige Abhilfe vom Staat als einem "Regime von Journalisten, Gewerkschaftsführern und jüdischen Umstürzlern"²⁾ nicht zu erwarten gehabt hätten. Wäre die Weimarer Republik tatsächlich ein derartig anarchisches Gebilde gewesen, ohne einen einzigen zuverlässigen Organwalter, so erschiene es allerdings höchst zweifelhaft, ob derlei noch Staat zu nennen gewesen wäre. Ein Staat, der sich nicht einmal mehr gegen Hochverräter wehren will und kann, besteht nur noch auf dem Papier und ist jedenfalls kaum mehr als Herrschaftsträger im Sinne der Staatslehre³⁾ zu bezeichnen. Ebensowenig aber, wie zugunsten eines bereits Getöteten Nothilfe geübt werden kann, ist dies zugunsten eines nicht mehr existenten Staates möglich; in diesem Fall mangelte es an der Gebotenheit i.S.v. § 32 StGB; zumindest deshalb, weil der Staat ja deutlich hat erkennen lassen, daß an einer Abwehr kein Interesse besteht.

1) RGSt 63,215

2) Vgl. Ebermayer, S. 164; vgl. auch RGSt 64,104:
"Mangel an Vertrauen in die Organe des Staates".

3) Herzog, S. 102 ff; Krüger, S. 187 FF

Unklar ist also, wann ein rechtswidriger Angriff überhaupt jemals unter Berufung auf § 32 StGB vom Staate abgewehrt werden darf: geht der Angriff nur gegen den Staat als Fiskus oder sind nur weniger einschneidende Maßnahmen zur Abwehr erforderlich, so kommt § 127 StPO zur Anwendung und § 32 StGB ist *lex generalis*; reichen dagegen die von § 127 verliehenen Befugnisse nicht mehr aus, damit Selbsthilfe oder auch nur Mitwirkung des Staates nicht mehr zu rechnen ist, so fehlt es an der Gebotenheit.

Ein weiterer Anhalt für die systematische Unstimmigkeit der Rechtsfigur Notwehr zur Fallgruppe "Staatsnothilfe" ergibt sich aus dem Problem der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Wenn man etwa die (erwiesenen unrichtigen) Schutzbehauptungen der Angeklagten im Kapp-Putsch-Verfahren¹⁾ als richtig unterstellt, so zeigt sich eine bedeutende Diskrepanz zu den üblichen Fällen von Notwehr und Nothilfe. Während bei den "gängigen" Fällen von Notwehr (A bedroht B; dieser setzt sich zur Wehr) die Rechtswidrigkeit des Angriffs im Moment des Angriffs bereits feststeht und durch kein später hinzutretendes Ereignis mehr einer anderen Würdigung unterworfen werden kann, ist das hier nicht der Fall.

Die Angeklagten hatten seinerzeit vorgeschützt, die Reichsregierung selbst habe gegen die Verfassung verstoßen; sie selbst sei der Angreifer gewesen; deshalb habe Kapp einschreiten müssen. Wäre die Reichsregierung tatsächlich der eigentliche Putschist gewesen, so hätte dieser Putsch im Erfolgsfall konstituierende Wirkung haben können wie die Ereignisse der Novemberrevolution.²⁾ Daher hätte die Rechtswidrigkeit des Handels der Angeklagten gegen diesen Akt erst dann abschließend beurteilt werden können, wenn festgestanden hätte, ob er Erfolg gehabt hat.

1) RGSt 56,259

2) RG aaO, S. 266

Entsprechend, (wenn auch umgekehrt), verhält es sich bei dem tatsächlichen Putsch der Leute um Kapp. Das RG¹⁾ untersucht ausdrücklich die Frage, ob sich nicht einzelne Beteiligte möglicherweise erst nach bereits vollzogenem Machtwechsel Kapp zur Verfügung gestellt haben. In diesem Fall hätte die "Effektivität der neuen Ordnung"²⁾ dazu geführt, daß das Verhalten dieser Angeklagten legitim gewesen wäre; zumindest so legitim, wie das all der deutschen Beamten und Richter, die nach der Revolution im Amt blieben. Da das RG die Vollendung des Machtwechsels verneint, bejaht es die Strafbarkeit der Angeklagten. Dieses zusätzliche, faktisch-normative "Rechtfertigungselement des Erfolges"³⁾ zeigt, daß das Rechtsinstitut Notwehr auf die Staatsnothilfefälle von seinem ursprünglichen Anwendungsbereich her einfach nicht paßt.

Hinzukommt, daß diese Rechtsfigur - zugeschnitten ursprünglich auf die Selbsthilfe des angegriffenen Einzelnen - nur eine Seite der Staatsnothilfefälle erfassen kann, nämlich die Handlungen gegen den "Angreifer". Ausgespart bleibt bei dieser Betrachtungsweise der Staat, der ja durch den "Staatsnothelfer" ebenso beeinträchtigt wird: ganz davon abgesehen, daß er z.B. im Kapp-Fall der eigentlich Angegriffene war, wurde auch eklatant in seine Befugnisse eingegriffen. Das Recht zur Verfolgung von Hochverrätern, Verletzern der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und Spitzeln der Entente hat eben primär der Staat und wer sich eigenmächtig in diese Belange mischt, wer sich ungefragt staatliche Befugnisse anmaßt, der greift in Rechte des Staates ein. Diese Seite des Problems kann von § 32 StGB nicht erfaßt werden; auch nicht bei Zugrundelegung von § 132 StGB, da es ein öffentlich-rechtliches Problem im engeren Sinne ist und kein strafrechtliches.

1) RG aaO, S. 266

2) Ermacora, S. 1143 ff

3) Hierzu unten

§ 132 StGB schützt nur die staatliche Autorität und das Ansehen der Staatsorgane.¹⁾ Beim Problem der Staatsnothilfe geht es aber um weit mehr, nämlich um die Souveränität des Staates als Herrschaftsträger.²⁾ Die Anwendung von § 32 StGB auf die Fälle der Staatsnothilfe ist daher aus den genannten Gründen als verfehlt zu bezeichnen.³⁾

5.2 Lösung über § 34 StGB

Verschiedentlich ist eine Lösung des Problems der Staatsnothilfe über das Institut des nunmehr in § 34 StGB normierten rechtfertigenden Notstandes versucht worden.⁴⁾

Die Vertreter dieser Lehre begründen ihre Meinung zu-
meist ex negatione; da ihnen bewußt ist, daß sich der
Komplex Staatsnothilfe mit dem Instrument des § 32 nicht
lösen läßt,⁵⁾ erscheint ihnen der rechtfertigende Not-
stand als die nächstbeste Lösung; insbesondere wegen der
"viel elastischeren ... Kriterien".⁶⁾

Eine Ausnahme bildet insofern Sauer,⁷⁾ der den Fall am
liebsten "wegen des Vorherrschens öffentlich-rechtlicher
Gesichtspunkte als einen Sondertyp der allgemeinen Nothil-
fe betrachten" will, letztlich aber doch nicht die Konse-
quenzen ziehen und zu einer Würdigung unter öffentlich-
rechtlichen Gesichtspunkten kommen kann, da er ein Wider-

1) Schönke-Schröder, Anm. 1 zu 132

2) Vgl. Krüger S. 187

3) so auch Jescheck S. 253, Blei S. 140; Samson in SK,
Anm. 9 zu 32

4) Sauer S. 131, Stock S. 176, Jescheck S. 253, Ritter
S. 239

5) Jescheck S. 253

6) Blei S. 140

7) aaO S. 132

standsrecht ablehnt.

Das Wort Staatsnothilfe erscheint diesen Autoren seit dem Gesetz v. 3.7.34 über Maßnahmen der Staatsnothilfe anrücklich,¹⁾ und aus der richtigen Überlegung, daß der politische Kampf nicht durch Gewaltakte nach Nothilfe-Gesichtspunkten ausgetragen werden darf²⁾, kommt man dazu, es mit etwas anderem zu versuchen; eben mit dem rechtfertigenden Notstand.

Unter Staatsnotstand wird von diesen Autoren nicht nur der Fall verstanden, in dem die Voraussetzungen für § 32 fehlen, die des § 34 aber erfüllt sind; unter den Begriff des so verstandenen Staatsnotstandes sollen fallen vielmehr "darüber hinaus alle Fallgestaltungen, in denen einzelne Rechtsunterworfenen straftatbestandsmäßige Handlungen begehen, um Schädigungen von Staatsrechtsgütern abzuwenden, weil die berufenen Organe dazu nicht oder nicht in gleich wirksamer Weise in der Lage sind."³⁾ Alle diese Fälle seien nach den Grundsätzen des § 34 StGB zu beurteilen, da letztere elastisch genug seien, um einerseits jede wirklich gebotene Intervention zu rechtfertigen und andererseits jede nachteilige Anmaßung von Eingriffsbefugnissen zu unterbinden.

Begründet wird diese These, soweit ersichtlich, jeweils nur mit dem Hinweis, daß die Anwendung von § 32 StGB für das Problem nicht die sachlich richtige Lösung sei und daß daher diese "scheinbaren Notwehrfälle" nach den Grundsätzen des rechtfertigenden Notstandes zu behandeln seien.⁴⁾ Allenfalls folgt noch ein Hinweis auf den über die Grenze fliehenden Spion,⁵⁾ ohne daß bedacht würde, daß in-

1) Jescheck S. 253

2) Jescheck S. 253

3) Blei S. 140

4) Blei S. 140

5) Jescheck S. 253

sofern ja wohl ein rechtswidriger Angriff i.S.v. § 32 StGB vorläge.

Diese Lehre zeigt besonders deutlich das Dilemma der rein strafrechtlichen Betrachtungsweise auf: Daß § 32 StGB nicht paßt, wird gesehen. Welche strafrechtliche Kategorie könnte sonst passen? § 35 StGB scheidet aus; eine "näherstehende Person" ist der Staat denn noch nicht. Bleibt § 34, dem aus früheren Zeiten noch etwas vom "übergesetzlichen" Notstand anhaftet, und der daher für Extremsituationen, in denen der Staat in Gefahr ist, zu passen scheint.

Es erscheint nötig, sich den Gesetzestext ins Gedächtnis zu rufen: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden."

Weiters muß daran erinnert werden, daß, wie bei § 32 StGB, wegen der o.a. Spezialität von § 127 StPO¹⁾ § 34 StGB ohnehin nur in den Fällen eingreifen könnte, in denen die Gefahr durch die von § 127 StPO gerechtfertigten Handlungen (Festnahme, Fesselung, s.o.) nicht angewendet werden kann. Es ginge also um weitergehende Handlungen, insbesondere um die Tötung dessen, der da Rechtsgüter bedroht, Ob der Staat überhaupt als "anderer" i.S.v. § 34 StGB angesehen werden darf, kann dahingestellt bleiben. Es geht nämlich primär um die Frage, ob überhaupt ein Fall vorstellbar ist, bei dem das geschützte Interesse

1) S.o.; vgl. auch Lackner, Anm. 3 zu § 34

des Staats an seinem betroffenen Rechtsgut ein Menschenleben wesentlich überwiegt.

Sie ohne Zögern zu beantworten, gelingt nur demjenigen, der davon durchdrungen ist, daß der Staat dem Individuum überwertig sei. Es ist davon gesprochen worden, daß in Fällen der Bedrohung fundamentaler Staatseinrichtungen das Staatswohl über allem Zweifel voranstehe.¹⁾ Seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes werden derartige Thesen aber kaum mehr vertreten. Zwar ist auch in der öffentlich-rechtlichen Literatur anerkannt, daß das Recht auf Leben (Art. 2 II GG) gewissen Einschränkungen unterliegt; so kann die Tötung eines Angreifers aufgrund der §§ 32 oder 34 StGB im Einklang mit dem Grundgesetz gerechtfertigt sein, wenn dadurch ein anderes Leben gerettet wird; auch Art. 102 GG könnte geändert und die Todesstrafe wieder eingeführt werden, wenn dadurch Menschenleben geschützt würden.²⁾ Diese Einschränkungen sind aber eben nur zulässig, wenn und soweit sie anderes Menschenleben schützen. Um derartige Eingriffe geht es hier aber nicht; insofern wären §§ 32 oder 34 StGB direkt einschlägig.

Ebensowenig, wie der Staat der Summe der Staatsangehörigen entspricht, kann das Einzelwesen als reines Glied des Staates angesehen werden, dem beziehungsweise von dem es im Bedarfsfalle geopfert werden kann. Die Tötung eines Menschen zugunsten nur des Staates erscheint aus heutiger Sicht nicht mehr tragbar.³⁾ Die Vertreter der gegenteiligen Meinung in der Literatur sind noch in einem Verständnis des Staates als möglichst allmächtigem Gemeinwesen verhaftet, dem gegenüber der einzelne Mensch nur ein relativ minderwertiges Glied ist.⁴⁾ Diese Auffassung ist

1) Stock S. 163; Schubert S. 58; Boldt S. 204

2) Allg.M., vgl. V. Münch, Anm. 47 zu 2

3) Vgl. Schönke-Schröder, Anm. 10 zu 34: "Indiskutabel"

4) Vgl. Boldt S. 204

heute spätestens¹⁾ durch das Grundgesetz, das dem Menschen zum aktiven Träger subjektiver öffentlicher Recht macht, überholt. Das Grundgesetz gibt zwar seinerseits Befugnisse, Widerstand zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu leisten.²⁾ Diese möglichen Widerstandshandlungen des Bürgers gem. Art. 20 IV GG stellen aber eine Besonderheit dar; sie sind durch die soziale Eingebundenheit des Staatsbürgers in das Gemeinwesen legitimiert³⁾, was schon daraus hervorgeht, daß Art. 20 IV GG ein Bürgerrecht normiert, während nach § 34 StGB jedermann möglicherweise befugt sein kann. Unabhängig von der Frage, ob die Tötung eines Menschen durch Art. 20 IV GG gedeckt sein kann, muß bereits hier festgestellt werden, daß § 34 StGB diese Tat zu Gunsten des Staates nicht rechtfertigen kann, da es dieser Norm an der in Art. 20 IV enthaltenen eindeutigen Zielbestimmung fehlt. Auch um einen entartenden, tyrannischen Staat zu schützen, könnte die Tötung eines Menschen gerechtfertigt sein, wollte man die Anwendung von § 34 StGB in diesem Zusammenhang zulassen. Hingegen erlaubt Art. 20 IV GG nur Tathandlungen, die Angriffe von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung abwehren.

Weiter ist die Entscheidung zu berücksichtigen, die der Gesetzgeber dadurch getroffen hat, daß er der Menschenrechtskonvention vom 4.11.50 zugestimmt hat⁴⁾. Diese verbietet die Tötung eines Menschen außerhalb eines ordentlichen Gerichtsverfahrens (Art. 2 I), soweit es nicht zur Verteidigung gegen Gewaltanwendung, zur Festnahme oder gegen einen Aufruhr unbedingt erforderlich ist (Art. 2 II). Wenn sich der Staat selbst eine derarti-

1) Zu sozialen Grundrechten in der Paulskirchenverfassung vgl. Scholler, B, S. 51 ff

2) Dazu unten

3) Isensee S. 46 f

4) ZuStG zur MRK vom 7.8.52, BGBl.II S. 685,953

ge Beschränkung auferlegt und seine eigene Eingriffsmöglichkeit auch im Moment auf das unbedingt Erforderliche begrenzt, so muß der selbsternannte Sachwalter dieses Staates diese Entscheidung gegen sich gelten lassen, d.h. er kann sich nicht nur nicht mehr Rechte zuerkennen, als der Staat sich selbst zubilligt, sondern weniger. Denn da die MRK als einfaches Bundesrecht gegenüber dem GG das niederrangige Recht ist¹⁾, muß Art. 2 II MRK gem. Art. 1, 2 II GG dahinverstanden werden, daß jene Frage der Erforderlichkeit, von der ein Menschenleben abhängt, nicht von einem einzelnen kraft eigener Machtvollkommenheit entschieden werden darf.

Da also nach heutiger Auffassung die Tötung eines Menschen in keinem Fall durch "Staatsnotstand" in Verbindung mit § 34 StGB gerechtfertigt werden kann, weniger einschneidende Maßnahmen aber bereits von § 127 StPO erfaßt werden, steht fest, daß kein Fall denkbar ist, in dem das staatliche Interesse eine Handlung erfordert, die nur durch § 34 StGB gerechtfertigt werden könnte. Folglich sind Erwägungen, ob das Problem Staatsnothilfe vermöge dieser Norm zu lösen sei, von vornherein müßig.

5.3 Geschäftsführung ohne Auftrag als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund

Vereinzelt ist Staatsnothilfe als freiwillige Geschäftsführung ohne Auftrag verstanden worden.

So meinte Nagler²⁾ die bürgerlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag analog als selbständigen Rechtferti-

1) Kleinknecht, Vorb. III

2) S. 91 ff

gungsgrund einführen und damit das Problem Staatsnothilfe lösen zu können. Er begründet dies wie folgt: stehe z.B. die Polizei nicht zur Stelle, so könne der Einzelne an ihrer Statt und als Helfer auftreten; freiwillig, aber nur im Sinne der Polizei. Die Maßnahmen stünden natürlich, wie jede Geschäftsführung ohne Auftrag, unter dem Vorbehalt der Subsidiarität und der objektiven Dienlichkeit; auch müßten entgegenstehende Verfügungen des Staates voll berücksichtigt werden.

Hartung¹⁾ kommt unter entsprechender Anwendung der §§ 677 ff BGB zu dem Schluß, daß Staatsnothilfe die Führung fremder Geschäfte sei: Nothilfe, einerlei, ob sie Nothwehrhilfe oder Notstandshilfe sei, ob die Notlage wirklich bestehe oder nur angenommen werde, sei nur insoweit rechtmäßig, als sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen dessen entspreche, dem geholfen werden soll. Der entgegenstehende Wille des Gefährdeten schließe die Rechtmäßigkeit ausnahmsweise nicht aus, soweit die Handlung dem öffentlichen Interesse oder einer sittlichen Pflicht entspreche.

V. Hippel²⁾ argumentiert folgendermaßen: Die §§ 677 ff BGB deckten unmittelbar nur den Eingriff in Interessen des Geschäftsherrn, nicht in Interessen Dritter. Sehr wohl möglich sei aber analoge Anwendung in solchen Fällen, in denen der Geschäftsherr selbst das Recht habe, in Interessen Dritter einzugreifen; in dem Sinne, daß dies dann auch ein Geschäftsführer ohne Auftrag anstelle des Geschäftsherrn tun dürfe. Eine solche Auslegung sei grundsätzlich gerecht; insbesondere Staatsnothilfe könne so zweckmäßig beurteilt werden.

Die Einführung des bürgerlich-rechtlichen Begriffs Geschäftsführung ohne Auftrag begegnet von vornherein grund-

1) S. 61

2) S. 204, 228 ff

sätzlichen Bedenken. Eine derartige Konstruktion erscheint im Strafrecht kaum gerechtfertigt. Soweit nämlich eine mutmaßliche Einwilligung des Geschäftsherrn vorliegt, ist der Geschäftsführer ihm gegenüber bereits nach den strafrechtlichen Regeln durch Einwilligung gerechtfertigt¹⁾; des Rekurses auf §§ 677 ff BGB bedürfte es insofern nicht. Steht aber der objektive des Geschäftsherrn entgegen, so kann nicht, da bei der Staatsnothilfe der Geschäftsherr das öffentliche Interesse repräsentiert, auf dem Umweg über § 679 BGB dort eine Einwilligung fingiert werden, wo eben gerade das Gegenteil vorliegt. Insofern liegt ein Zirkelschluß vor.

Nach Koch²⁾ führt die Anwendung der §§ 677 ff BGB zur übergesetzlichen Bewertung der Interessenlage und damit zur Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit einer formell rechtswidrigen Handlung.

Hier wäre es dann schon konsequenter und richtiger, die Bewertung von vornherein auf übergesetzlicher Ebene vorzunehmen. Der überflüssige pseudo-positivistische Umweg über die §§ 677 ff BGB führt nur dazu, daß die übergesetzliche Bewertung der Interessenlage nicht bewußt gemacht wird, und dadurch die Bewertung und die dabei angelegten Maßstäbe für die Beurteilung verschleiert und in die Sphäre des Unbewußten verschoben wird³⁾.

Im übrigen ist das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag schon rein praktisch nicht geeignet, den Fragenkomplex Staatsnothilfe zu lösen. Die in §§ 677 ff BGB vorausgesetzte Situation weist nur sehr bedingte Ähnlichkeit mit der Lage auf, in der sich der Einzelne befindet, wenn er die Funktionen eines Staatsorgans wahr-

1) So die h.M.; Schönke-Schröder, Anm. 56 vor § 32; Jescheck LB S. 286; Roxin S. 452 ff; a.A. Welzel S. 92

2) S. 89

3) Heiliger S. 14

nimmt und in fremde Rechte eingreift. Denn diese Vorschriften regeln nur das Innenverhältnis der Beteiligten und könnten folglich allenfalls eine Verletzung von § 132 StGB rechtfertigen, während es bei der Frage der Staatsnothilfe doch auch sehr entscheidend um die Befugnis des Täters zum Einschreiten gegen Dritte geht. Wenn v.Hippel¹⁾ ohne nähere Begründung annimmt, die Befugnisse des Geschäftsherrn, also des Staates, gingen ohne weiteres auf den Geschäftsführer über, so läßt sich das weder mit einem einfachen Analogieschluß aus dem BGB rechtfertigen, da §§ 677 ff nur das Innenverhältnis behandeln, noch ist es mit den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts vereinbar, die die Ausübung hoheitlicher Gewalt nur unter bestimmten, einschränkenden Voraussetzungen zulassen²⁾.

Dies zeigt, daß §§ 677 ff BGB keine brauchbare Lösung der Staatsnothilfeproblematik darstellen. Richtig an diesem Versuch ist einzig das Bemühen, von der rein strafrechtlichen Betrachtungsweise wegzukommen.

5.4 Staatsnothilfe als selbständiger Rechtfertigungsgrund

In der Literatur wird häufig³⁾ ein selbständiges und auch in seinen Tatbestandsvoraussetzungen nicht an § 32 oder § 34 StGB orientiertes Staatsnothilfe oder -notstandsrecht in der Form eines Rechtfertigungsgrundes sui generis angenommen. Stützen kann sich diese Auffassung ex negatione auf die Feststellung, daß §§ 32,44 StGB kein allgemeines Unrechts- bzw. Unheilverhinderungsrecht normieren und deshalb auch nicht der allgemeinen Verbrechens-

1) S. 228 ff

2) Vgl. Wolff S. 451 ff, 455 BVerwG, DVBl 70,735

3) Ritter S. 239; Mayer S. 182; Welzel S. 88; Baldus LK Anm. 39 zu 53

bekämpfung dienen¹⁾. Andererseits kann, spätestens seit der jüngeren deutschen Vergangenheit, nicht mehr zweifelhaft sein, daß jeder Staat in einer Weise entarten kann, die die Annahme eines Rechtes zum Eingriff in Befugnisse des Staates und Rechte Dritter unumgänglich macht. Will man nicht annehmen, in derartigen Fällen läge kein Verstoß gegen die Rechtsordnung vor, keine Tat, die gerechtfertigt werden müßte²⁾, so liegt in der Tat nahe, diesbezüglich einen Rechtfertigungsgrund eigener Art zu postulieren. Bevor man sich aber daran macht, einen solchen Rechtfertigungsgrund anzunehmen, ist zunächst zu untersuchen, welche Voraussetzungen, welche Ursachen (rechtlich oder gesellschaftlich) vorliegen müssen, damit von einem Rechtfertigungsgrund gesprochen werden kann, und ob diese Voraussetzungen hier überhaupt vorliegen. Wird letztere Frage bejaht, ist weiter zu prüfen, ob nicht ein Rechtfertigungsgrund, der auf die Staatsnothilfeproblematik paßt, im nichtstrafrechtlichen Bereich anerkannt ist. Vorerst steht ja nur fest, daß sich im Strafrecht keine überzeugende Lösung der Problematik findet. Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist ja nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen³⁾.

5.4.1 Voraussetzungen der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes

Grundsätzlich indiziert die Tatbestandserfüllung die Rechtswidrigkeit. Letztere entfällt aber, wenn eine Gegen-

1) Schönke-Schröder, Anm. 8 zu § 32; BGH in VRS 40,107

2) Vgl. Arthur Kaufmann, A S. 237; ders., B S. 137 ff; sowie unten

3) Allg.M; vgl. RGSt 61,247

norm aus der Gesamtheit der Rechtsordnung entgegensteht. Diese Norm kann dem gesetzten oder dem ungesetzten Recht angehören. Die Frage, ob und wann ein Rechtfertigungsgrund zu konstituieren ist, führt daher zunächst zu der Frage, ob die vorhandenen, anerkannten Rechtfertigungsgründe eine Systematik, einen gemeinsamen Nenner erkennen lassen, von dem aus für unsere Frage nach der Staatshilfe etwas über die Existenz eines speziellen Rechtfertigungsgrundes zu erschließen wäre.

Es ist versucht worden, alle die Rechtswidrigkeit ausschließenden Gegennormen, die in den verschiedenen Rechtsgebieten auftreten, unter einem oder mehreren Gesichtspunkten zusammenzufassen.

Zu den monistischen Systemen ist die von Graf zu Dohna entwickelte Zwecktheorie¹⁾ zu zählen. Rechtmäßig ist danach die Handlung, die "die Anwendung des angemessenen Mittels zur Erreichung eines von der Rechtsordnung anerkannten Zweckes" darstellt.²⁾

Sauer³⁾ postuliert ein "Mehr-Nutzen-als-Schaden-Prinzip", das er als juristisches Grundgesetz bezeichnet.

Zu den pluralistischen Systemen gehört die Einteilung von Mezger-Blei, die versucht, alle bekannten Rechtfertigungsgründe auf 2 Grundsätze zurückzuführen: einmal das "Prinzip des mangelnden Unrechts" (Einwilligung und Geschäftsführung ohne Auftrag), zum anderen das "Prinzip des überwiegenden Rechts" (alle anderen Rechtfertigungsgründe).

Bemerkenswert ist schließlich die von Schmidhäuser vorgenommene Zweiteilung: Der Rechtfertigung aus überindividueller Zweckhaftigkeit (pflichtgemäßes Handeln von Staats-

1) S. 7 ff u. passim

2) Vgl. auch v. Liszt-Schmidt, S. 187

3) S. 56

organen) wird die Rechtfertigung aus individueller Zweckverfolgung (die übrigen Rechtfertigungsgründe) gegenübergestellt.¹⁾

Den Systematisierungsversuchen ist gemeinsam, daß sie zu Ergebnissen führen, die zwar nicht leicht bestritten werden können, die aber auch das Bestreiten kaum verlohnen, da ihnen kaum Aussagekraft zukommt. Was besagt Dohna's Formel von angemessenen Mitteln und anerkanntem Zweck denn anderes, als daß die Rechtsordnung die Verfolgung der Zwecke anerkennt, die sie anerkennt? Was bedeuten die Prinzipien des mangelnden Unrechts oder des überwiegenden Rechts denn weiter, als daß nicht rechtswidrig ist, was nicht rechtswidrig ist. Und in der Tat, was haben etwa die Rechtfertigungsgründe des § 34 StGB und der Geschäftsführung ohne Auftrag gemeinsam, außer, daß sie Verhaltensweisen umschreiben, die von der Rechtsordnung trotz Tatbestandsmäßigkeit straflos gelassen werden.

Da der Katalog der Rechtfertigungsgründe grundsätzlich offen ist, muß eine Systematik notwendigerweise entweder defekt sein oder in verschiedenen Spielarten wiederholen, was den Rechtfertigungsgründen schon rein begrifflich eignet, nämlich, tatbestandsmäßiges Verhalten zu rechtfertigen. Der Kreis der Rechtfertigungsgründe kann daher nicht in ein aussagekräftiges System gebracht werden, sondern nur anhand der praktischen Beurteilung durch die geltende Rechtsordnung erfahren und beschrieben werden.

Es kann also nur festgehalten werden, daß ein Verhalten dann rechtswidrig ist, wenn zur Subsumtion unter einen Straftatbestand ein zusätzliches Unwerturteil kommt, dessen causa mit rein strafrechtlichen Mitteln genausowenig bestimmbar ist, wie es möglich ist, allein aus der strafrechtlichen Dogmatik zu neuen Straftatbeständen zu kommen.

1) S. 232 ff

Letzteres folgt nicht nur aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz *nulla poena sine lege*, sondern auch aus dem grundsätzlich dienenden Charakter des Strafrechts¹⁾.

Wenn etwa Maurach²⁾ feststellt, es fehle an einem praktisch tauglichen Allgemeinsatz, einem allgemeinen Nenner für die Rechtfertigungsgründe, so umschreibt er damit nur einen anderen Aspekt der sog. Subsidiarität des Strafrechts¹⁾. Ob die fahrlässige Sachbeschädigung strafbar ist oder nicht, läßt sich nicht aus einer wie immer gearteten Systematik des Strafrechts beantworten, sondern es folgt aus der gesellschaftlich-gesetzgeberischen Entscheidung der Rechtsordnung. Das gleiche gilt für die Rechtfertigungsgründe. Das zeigt sich schon an den o.a. Systematisierungsversuchen: so verschieden die Theorien auch laufen mögen, aus denen die Autoren eine Systematik der Rechtfertigungsgründe abzuleiten versuchen; es herrscht doch nie Uneinigkeit über die Berechtigung des einzelnen konkreten Rechtfertigungsgrundes. Ob von dem Prinzip des weichenden Interesses oder dem Grundsatz des überwiegenden Rechts gesprochen wird, stets besteht Einhelligkeit insofern, daß §§ 677 ff BGB als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden. Der Verdacht liegt daher nahe, daß die Theorien nur die Funktion haben, eine vorstrafrechtlich, gesellschaftlich gefundenes Unwerturteil zu umschreiben.

Anhalt hierfür bieten z.B. die Formulierungen bei Schmidhäuser³⁾, mit denen die exemplarische Darstellung typischer Rechtfertigungsgründe verdeutlicht wird: "Kurz gesagt, was der Täter hier wollte und tat, muß man wollen und tun dürfen!" und "Wenn es um die Bekämpfung eines gefährlichen Brandes geht, dann muß man doch den Gottes-

1) Baumann S. 27 ff; Schmidhäuser S. 6; Maurach S. 27: "sekundär"

2) S. 364

3) S. 317

dienst kurz stören dürfen!"¹⁾ Derartige argumenta ad hominem zeigen, wie ungemein konsensfähig die §§ 32,34 StGB usw. sind. Sie deuten aber auch an, wie schwierig es ist, die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes anders als durch Hinweis auf seine Kodifikation oder eben den gesellschaftlichen Konsens zu begründen. Maurach²⁾ spricht davon, daß das Wertverhältnis zwischen Recht und Unrecht die Berechtigung der Abwehr in §§ 32,34 StGB indiziere. Das ist sicher richtig. Aber eben nur, wenn man sich schon vorher darüber klar ist, auf welcher Seite Recht bzw. Unrecht liegen, kann man Werturteile über menschliches Verhalten abgeben, wobei dann allerdings Recht höher bewertet werden sollte, als Unrecht.

Daß bezüglich der Rechtfertigungsgründe gesellschaftlicher Konsens besteht, ist eine Tatsache; die Kodifizierungen haben heute insofern beinahe deklaratorischen Charakter³⁾ und es besteht sogar Übereinstimmung zwischen juristischer Beurteilung und der Parallelwertung in der Laiensphäre. Nur wird in der juristischen Literatur kaum je deutlich gemacht, daß diese Konsensfähigkeit der eigentliche Grund der Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes ist; nach außen wird vielmehr scheinbar juristisch argumentiert.

Bezeichnend ist z.B., daß das RG⁴⁾ den Rechtfertigungsgrund "übergesetzlicher Notstand" gerade an einem Fall von Abtreibung entwickelt hat.⁵⁾ Strafgrund und Strafraumen des § 218 StGB waren ebenso wie die rechts- und sozialpolitische Berechtigung dieser Norm schon damals (1927) außerordentlich bestritten⁶⁾; besonders wegen der Lage der Arbeiterklasse in den deutschen Großstädten der

1) S. 327

2) S. 307

3) Vgl. Stree, S. 461

4) RGSt 61,242 ff

5) Anklänge schon in RGSt 20,190; 36,78; 38,62

6) Vgl. Dührssen S. 48 ff

20er Jahre. Dies legt zumindest die Vermutung nahe, dem RG sei die Entscheidung für eine "übergesetzliche" Lösung dadurch erleichtert worden, daß das ansonsten anzuwendende Gesetz als unbillig und sozialpolitisch verfehlt empfunden wurde. Daß es nicht nur rechtliche, sondern eminent politische Wertungen waren, die das RG solcherart umging, zeigt nicht erst die Reformdiskussion der letzten Jahre, sondern z.B. auch die VO vom 9.3.43, die in § 8 Personen nichtdeutscher Abkunft (etwa Jüdinnen oder Ostarbeiterinnen) vom Abtreibungsverbot ausnahm.

Nach Maurach¹⁾ hat kaum eine Entscheidung des RG so uneingeschränkte Zustimmung erfahren wie RGSt 61,242. Dies zeigt, daß das RG sich bei seiner Entscheidung auf die wichtigste Legitimation stützen konnte und das auch getan hat, nämlich auf den gesellschaftlichen Konsens. Daher darf vermutet werden, daß den zahlreichen Bejahern der RG-Entscheidung der dogmatische Weg, auf dem das Gericht zu ihr gelangte, letztlich herzlich gleichgültig war, solange sie das Ergebnis billigten. Als Indiz hierfür ist die Tatsache anzusehen, daß der vom RG geprägte Begriff "Gutsnotstand"²⁾ soweit ersichtlich, in der Literatur keine Verwendung findet; insofern wird üblicherweise von übergesetzlichem Notstand und Güter- und Pflichtenabwägung gesprochen³⁾. Diese Erscheinung (daß nämlich die konkrete Entscheidung als das eigentlich Wichtige angesehen wird, während man den dogmatischen Weg hierzu für weniger bedeutend hält) ist für die Rechtfertigungsgründe bezeichnend: Wo Einigkeit besteht, braucht nicht mehr viel argumentiert werden; es genügt, an die gemeinsame Überzeugung zu appellieren.

Weiteres typisches Beispiel dafür, daß der gesellschaftliche Konsens die primäre Legitimierung von Rechtferti-

1) S. 323

2) AaO., S. 254

3) Vgl. Maurach, S. 323

gungsgründen darstellt, ist das Rechtsinstitut der Einwilligung.¹⁾ Nach herkömmlicher Auffassung stellt die Einwilligung Verzicht auf Rechtsschutz dar; für die Rechtsordnung besteht kein Anlaß, Rechtsgütern Strafschutz zu geben, die ihr Träger bewußt dem Zugriff Dritter preisgegeben hat. Das Institut geht auf den aus den Digesten²⁾ stammenden Rechtssatz 'volenti non fit iniuria' zurück und ist nichts weiter als Ausdruck der (gesellschaftlichen) Tatsache, daß die Rechtsordnung in ihrer Funktion der Regulierung von gesellschaftlichen Konflikten³⁾ dort nicht in Erscheinung zu treten hat, wo keine Konflikte vorliegen. Wenn zwischen Eingreifendem und duldendem Konsens über die Rechtsgutbeeinträchtigung besteht, so wirkt, soweit das Rechtsgut disponibel ist, dieser Konsens dahingehend, daß Konsens der Gesamtrechtsordnung besteht bzw. eintritt. Das positive Recht hat dem dadurch Rechnung getragen, daß gerade die Delikte, bei denen eine rechtfertigende Einwilligung in Frage kommt, vielfach zugleich Antragsdelikte sind (z.B. §§ 185 ff, 194; 201 ff, 203; 223 ff, 232 StGB usw.). Der Verzicht auf Strafverfolgung seitens des Betroffenen indiziert den Konsens der Gesellschaft und dieser die Rechtfertigung.

Der hier vertretenen These, das Urteil über die Rechtswidrigkeit einer tatbestandsmäßigen Handlung sei in Wirklichkeit kein rechtlich-dogmatisches Urteil, sondern ein außerjuristisches gesellschaftliches Werturteil, könnte entgegengehalten werden, daß die Rechtsordnung, indem sie Notwehr gem. § 32 StGB zuläßt, doch nur die grundrechtliche Entscheidung des Art. 2 II⁴⁾ oder des Art. 14 GG realisierte, sodaß die eigentliche Entscheidung über die Rechtswidrigkeit aus dem Grundrechtskatalog zu entnehmen

1) Nach noch h.M. (vgl. Schönke-Schröder Anm. 31 vor 32) ist die Einwilligung Rechtfertigungsgrund und berührt nicht den TB.

2) Dig. 47,10, 1 § 5

3) Esser S. 30

4) Vgl. v. Münch, Anm. 47 zu Art. 2

sei. Dies trifft aber nur zu, soweit es nicht um die Grundrechtsbeeinträchtigung auf seiten des Angreifers geht. Die Rechte des Angreifers seien weniger schützenswert, wird von der Dogmatik angenommen¹⁾. Zu diesem Ergebnis gelange man durch eine Güterabwägung²⁾. Die Intensität von Angriff und Abwehr seien aufeinander abzustimmen.³⁾ Nun kann man eine wirkliche Abwägung von beeinträchtigten Rechten aber nur vornehmen, wenn man vorher weiß, welche reale "Gewichtung" diese Rechte in der gesellschaftlichen Einschätzung denn überhaupt haben; d.h. ohne ein Minimum an gesellschaftlichem Vorverständnis kann eine derartige Abwägung überhaupt nicht durchgeführt werden. Wenn also angegeben wird, durch Güterabwägung käme man zu dem Ergebnis, die Rechte des Angreifers seien weniger schützenswert als die des Angegriffenen⁴⁾, so erscheint der Begriff Güterabwägung als Hilfsmittel, das hinter ihm stehende zu verbergen, nämlich das gesellschaftliche Werturteil einer Sozietät, die sich zu friedlichem Zusammenleben entschlossen hat und daher den Angreifer generell für weniger schutzwürdig hält als den Verteidiger.⁵⁾

Es kann daher festgehalten werden, daß sich die Anerkennung eines Rechtfertigungsgrundes aus dem gesellschaftlichen Konsens legitimiert.

Hiermit muß aber zugleich die Untersuchung unter rein strafrechtlichen Gesichtspunkten enden: Ob dieser Konsens vorliegt, ist keine Frage des Strafrechts mehr.

1) Vgl. z.B. Schönke-Schröder Anm. 17 zu § 32

2) Maurach S. 386, 398 ff

3) z.B. Preisendanz Anm. 6 zu § 32

4) Maurach, S. 307

5) Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos; Relikt aus weniger friedfertigen Zeiten ist der Bereich der Ehrverletzung, wie ihn §§ 199, 233 StGB noch heute regeln: Beleidigung darf mit Körperverletzung u.U. erwidert werden.

5.4.2 Zwischenergebnis

Einstweilen kann nur festgehalten werden, daß ein Rechtsinstitut Staatsnothilfe keinen praktischen Anwendungsbereich hat (oben 4.5), daß die historischen "Staatsnothelfer" keinen entsprechenden Vorsatz hatten (oben 3.2) und schließlich, daß das Strafrecht keinen brauchbaren Ansatz zur Behandlung der Problematik bietet, daß aber die Annahme eines eigenen Rechtfertigungsgrundes grundsätzlich möglich ist, wenn und soweit Konsens vorliegt.

6. Umorientierung der Fragestellung

Nachdem die strafrechtliche Untersuchung des Problems Staatsnothilfe kein positives Ergebnis erbracht hat, ist nunmehr nach anderen, außerstrafrechtlichen Orientierungslinien Ausschau zu halten.

6.1. Vorhandensein von Konsens über die Rechtswidrigkeit bestimmter Taten

Der Grund dafür, daß die Untersuchung nach dem bisher Gesagten nicht einfach mit negativem Ergebnis abgebrochen werden kann, liegt in dem Konsens, der bezüglich einer ganzen Reihe von Fällen vorhanden ist. Diese Taten waren nach den Straftatbeständen der jeweiligen Rechtsordnung zwar objektiv strafbar; es lag auch insbesondere keine Nothilfe vor. Gleichwohl erscheinen sie gerechtfertigt; sie richteten sich gegen ein Verhalten des Staates, das seinerseits als ungleich strafwürdiger eingeschätzt wird.

Auf die höchst problematische Frage, welcher Grad von gesellschaftlichem Konsens für eine solche Annahme erreicht und nachgewiesen werden muß, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Es steht nämlich fest, daß bezüglich dieser Reihe von Fällen breiter Konsens insofern besteht, daß Strafwürdigkeit nicht vorliege.

Außer an den Widerstand während der NS-Herrschaft kann z.B. an das Manifest der 121' (u.a. Sartre und de Beauvoir) erinnert werden, das das Recht auf Gehorsamsverweigerung im Algerienkrieg vertrat und die Zustimmung K. Barth's, Dürrenmatt's, G. Mann's u.v.a. erhielt.¹⁾ Es kann an den "Ketzerprozeß" gegen Prof. Geyser in Pretoria

1) Nachw. bei Bauer S. 482

erinnert werden, der sich um die Weigerung Geyer's dreh-
te, die Apartheidspolitik der südafrikanischen Regierung
als mit dem Christentum vereinbar zu erklären.¹⁾ Und aus
allerjüngster Zeit kann an die Ereignisse in Soweto und
Kapstadt erinnert werden.²⁾ Ausdruck des hier zugrundelie-
genden Rechtsprinzips findet bereits der Sachsenspiegel:
"Der Mann muß auch seinem König, wenn dieser Unrecht tut,
widerstehen und helfen, ihm zu wehren in jeder Weise,
selbst wenn jener sein Verwandter oder Lehnsherr ist.
Damit verletzt er seine Treuepflicht nicht."³⁾

Es existiert eine hier nicht weiter zu verfolgende⁴⁾
Reihe historischer Beispiele, deren durchweg einheitli-
che Bewertung einem bestimmten Grundsatz folgt, der mit
dem Zustand des betreffenden Staates verknüpft ist. Es be-
steht also Konsens darüber, daß der Einzelne aufgrund
eines bestimmten Zustands des Staates berechtigt sein
kann, in staatliche Befugnisse und Rechte Dritter einzu-
greifen.

Zugleich steht fest, daß in diesen Fällen kein straf-
rechtlicher Rechtfertigungsgrund eingreift. Es ist also
zu prüfen, ob ein spezieller Rechtfertigungsgrund zu po-
stulieren ist, oder ob diese Fälle nach anderen Gesichts-
punkten zu lösen sind.

6.2. Neuformulierung der Fragestellung

Nunmehr, da das Gebiet der rein strafrechtlichen Unter-
suchung verlassen ist, kann man daran gehen, die Frage

1) Nachw. bei Bauer S. 482

2) Heiliger (S.10) nennt in diesem Zusammenhang die Tötung
der Separatistenführer Heinz-Orbis und Genossen am 9.1.
23 in Speyer (zweifelhaft). Zutreffend dagegen die Be-
urteilung der ostpreußischen Bauernbewegung durch das
RG in JW 32,2810: § 129 StGB wurde nicht angewendet.

3) 3. Buch, Art. 78 Nr. 2

4) Nachw. bei Backmann. Vgl. auch Folz, S. 11 ff.

nach der Staatsnothilfe neu zu formulieren (an den tatsächlichen Gegebenheiten orientiert) und zu prüfen, ob nicht im Bereich des Problemkreises, der durch die genannten historischen Fälle bezeichnet ist, und für den einstweilen die eingangs gewählte Umschreibung Staatsnothilfe beibehalten wird, ein allgemeiner Grundsatz dingfest gemacht werden kann, der rechtliche Differenzierungskriterien angibt und zugleich der tatsächlichen Fallgestaltung mehr gerecht wird als das überkommene "Rechtsinstitut".

Denn daß die Frage nach der Staatsnothilfe, in herkömmlicher Weise gestellt¹⁾ ("hat der Bürger ein Recht, dem Staat zu helfen?") neben der Sache liegt, ist aufgezeigt worden: weder Kapp, noch die Rathenaumörder, noch auch Graf Stauffenberg wollten dem konkreten Staat helfen; sie wollten ihre eigene Vorstellung vom Staat verwirklichen. So, wie die Frage gestellt war, mußte sie die Diskussion in eine Sackgasse führen, aus der nur entkommen konnte, wer den unausgesprochenen Widerspruch zwischen Fall und Frage erkannte²⁾: daß da jemand subjektiv etwas für den Staat getan haben sollte, das sich objektiv als Tat gegen den Staat darstellte.

Die Frage ist daher neu zu formulieren:
Kann der Einzelne aufgrund eines bestimmten Zustands des Staates berechtigt werden, in staatliche Befugnisse und Rechte Dritter einzugreifen?

So formuliert, kann die Frage zu besseren Ergebnissen führen, da sie nicht primär auf schwer nachprüfbare Merkmale, wie den Vorsatz des Täters, abstellt, sondern auf die objektiv beurteilbare Situation des Staates.

Sie geht von den realen Gegebenheiten aus, da sie von einem Eingriff ausgeht und nicht von einer zweifelhaften "Hilfe".

1) Vgl. z.B. Oetker, GS 97, 413

2) Radbruch, Die Justiz, Bd. V, S. 125 ff; soweit ersichtlich als einziger; da er die politische Relevanz erkannte.

Sie verdeutlicht schließlich, durch das Kriterium 'Zustand des Staates' die öffentlich-rechtliche wie die politische Dimension des Problems, die bisher bei der Behandlung jener doch primär politisch zu verstehenden Fälle außer Betracht geblieben sind.

6.3. Staatsnothilfe oder Widerstandsrecht

Hinter dem scheinbar formaljuristischen Begriff Staatsnothilfe verbirgt sich in Wirklichkeit ein Bündel innen- und verfassungspolitischer Wertungen, die, je nach Vorverständnis und politischem Standort des jeweiligen Richters, zu verschiedener Interpretation des Begriffs führen. Für Vertreter einer liberalen Staatstheorie müssen die "Tatbestandsvoraussetzungen" der Staatsnothilfe andere sein, als für den, der den Staat in Evolution zu sozialistischen Gesellschaftsformen sehen möchte. Auch wird man eher geneigt sein, eine tatbestandsmäßige Handlung als durch Staatsnothilfe gerechtfertigt anzusehen, wenn die dabei verfolgten politischen Zielsetzungen den eigenen entsprechen¹⁾. Bisher ist die juristische Diskussion durch die Verwendung des Begriffs Staatsnothilfe in ein von vornherein falsches Geleise gebracht worden und es sind vorerst keine Anzeichen erkennbar, daß sie es verläßt und zu größerer Problemnähe gelangt²⁾.

Wie sehr die Literatur vom Problem entfernt ist, zeigt die bei vielen Autoren anzutreffende Bemerkung³⁾, Staatsnothilfe komme offenbar nur in unsicheren Zeitläufen vor.

1) Vgl. OLG Dresden JW 25,1025 einerseits und BayObLG JW 32, 3775 andererseits

2) Einer der Wahlverteidiger im Stammheimer "Terroristenprozeß" hat zugunsten seines Mandanten Staatsnothilfe geltend gemacht (FAZ v.1.7.76); den Anklagevorwurf als zutreffend vorausgesetzt, kann man sagen, daß hiermit die historische Ahnenreihe seit Zabern usw. fortgesetzt wird.

3) Vgl. Heiliger S. 7; Hösch S. 10; Knoch S. 9

Dabei ist man doch versucht, zu fragen, ob nicht die 20er Jahre vielmehr umgekehrt deshalb so unruhige Zeitläufe waren, weil sie viele Personen Staatsnothilfe ausüben zu müssen glaubten. Aber davon abgesehen: Genügte der Begriff Staatsnothilfe seinem Anspruch als eines legitimen juristischen Terminus', so müßte er jederzeit anwendbar sein (unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips). Tatsache ist nur, daß nur in Zeiten geringer staatlicher Autorität Verbrecher das zu unternehmen wagen, was Kapp, die Fememörder usw. unternommen haben, und sich anschließend auf Staatsnothilfe berufen.

Durch die Verwendung des Begriffs Staatsnothilfe ist die deutsche Rechtswissenschaft jahrzehntelang einem Vorwand, einer Ausrede aufgesessen. Denn, wird die Frage nach Staatsnothilfe gestellt, fühlt sich der Jurist in vertrautem Revier; Nothilfe gibt es ja anerkannterweise, und problematisch erscheint nur, ob der Staat denn Dritter i.S.v. § 32 StGB sein kann. Kritische Überlegungen kommen bei dieser formaljuristischen Betrachtungsweise, die durch den Begriff Staatsnothilfe suggeriert wird, gar nicht erst auf.

Wie sehr die in formaljuristischem Denken verhafteten Juristen die politische Dimension des Problems verkannnten, zeigt folgendes Beispiel: da während der Weimarer Republik häufig politisch rechtsstehende Angeklagte den Rechtfertigungsgrund Staatsnothilfe für sich in Anspruch nahmen (s.o.), waren es auch hauptsächlich Juristen mit entsprechenden Neigungen, die dieses Rechtsinstitut postulierten. Nun waren diese von der Richtigkeit ihrer formalen Argumentation derartig durchdrungen, daß sie höchst erstaunt waren¹⁾, als das Regime ihrer Sympathie, 1933 an die Macht gekommen, durchaus nicht die Ansicht vertrat, Staatsnothilfe könne "durch jeden Volksgenossen ausgeübt

1) Vgl. z.B. Heiliger S. 22

werden¹⁾, und vielmehr dies "Recht" höchst autokratisch allein ausübte²⁾.

Es mutet beängstigend an, daß der Begriff Staatsnothilfe auch heute noch in der juristischen Fachliteratur unangezweifelt dasteht; nach all den o.a. Ereignissen und nachdem Hitler seinen Putschversuch vom November 1923 in "Mein Kampf"³⁾ unter der Überschrift 'Notwehr als Recht' "gerechtfertigt" hat.

Es erscheint daher dringend geboten, den Begriff Staatsnothilfe aus der juristischen Terminologie zu eliminieren, da er kein Rechtsinstitut bezeichnet, das Fälle löst, die anerkannte Rechtsinstitute und positive Normen nicht problemnäher und sachgerechter lösten. Außerdem erweist sich dieser Begriff durch die historischen Fälle, in deren Zusammenhang er zur Sprache gekommen ist, als diskreditiert und für eine emotionsfreie Diskussion nicht mehr anwendbar. Weiter hat die Verwendung dieses Begriffs dazu geführt, daß eine bestimmte Gruppe von Fällen lange Zeit unter einem falschen Aspekt und mit einer vom Ansatz her verfehlten Fragestellung angegangen worden ist.

Schließlich sagt über die tiefe Unglaubwürdigkeit des inneren Anspruchs, der mit dem Begriff Staatsnothilfe verknüpft ist, schon Jean Paul: "Allerdings müßte selber Klopstock sein Ja zu den Wunden und Flammen der wildesten Kriege geben, sobald eine freie Schweiz ... überfallen würde; ... freilich wurzelt dann auf dem Angriffskrieg der Abtreibungskrieg fort, und leider so, daß sich jener leicht in diesen verkleidet... d.h. eine Staatsnotwehr, ähnlich der eines Einzelwesens, das dem Mörder, der ihm

1) Vgl. Thierack in Freisler, S. 87: "Staatsnothilfe ist einer gesetzlichen Regelung nicht zu unterwerfen. Die politische Führung muß freie Hand behalten, das Recht den jeweiligen politischen Bedürfnissen anzupassen."

2) G.v. 3.7.34, RGBl. S. 529

3) S. 665 ff

auflauern will früher auflauerte und den Todesstreich vorausführte, welcher dann, sobald er fehlglitte, wieder den Mörder in einen billigen Notwehrstand einsetzte. Wir erbärmlichen Menschen! Unsere Laster organisieren einander notwendiger als unsere Tugenden."¹⁾

Daß die Problematik der Staatsnothilfe eine (zumindest auch) staatsrechtliche ist, wurde schon relativ früh geäußert²⁾, nur sind bis jetzt daraus nicht die entsprechenden Konsequenzen gezogen worden, obwohl evident ist, daß der Einzelne, der sich als "Hilfspolizist"³⁾ aufspielt, auch in den staatlichen Hoheitsraum eingreift, indem er sich Befugnisse anmaßt, die ihm nicht zustehen. Dadurch, daß das Problem aus rein strafrechtlicher Sicht behandelt wurde, mußte übersehen werden, daß, wer willkürlich in staatliche Befugnisse eingreift und handelt, als sei er Staatsanwalt und Richter in einer Person, sich kaum als Nothelfer eben dieses Staates gerieren kann.

Es bleibt vom Boden der neuen Fragestellung her zu untersuchen, ob eine staatsrechtliche Norm in weitestem Sinne besteht, die Eingriffe Privater in den staatlichen Hoheitsbereich zuläßt; unter welchen Voraussetzungen, und welche Auswirkung dies auf die strafrechtliche Würdigung der Tat hat.

Als Gegenstand dieser Untersuchung bietet sich das Widerstandsrecht an, das durch das Gesetz vom 24.6.68⁴⁾ als Art. 20 IV in das GG eingefügt worden ist. Gegenüber dieser Positivierung ist überwiegend und vielfach berechtigt Kritik geäußert worden⁵⁾. Dennoch muß sie in dieser Untersuchung behandelt werden; einmal, weil sie etwas regelt,

1) Schriften, Auswahl, 1947, Reinbek, S. 23

2) Ritter GS 115, 243

3) Schönke-Schröder Anm. 8 zu § 32

4) BGBI. I S. 709

5) Dazu unten

was nach der überwiegenden Meinung in der Literatur¹⁾ zuvor schon als überpositives Recht gegolten hat; zum anderen, weil die Rechtsfigur Widerstandsrecht in ungleich höherem Maße geeignet ist, die angeführte Gruppe von sog. "Staatsnotwehr"-fällen zu lösen, als die Rechtsfigur Staatsnothilfe.

Bereits die Bezeichnung Widerstand dient dazu, in diesen Fällen Klarheit zu schaffen, weil dadurch evident wird, daß es bei diesen Fällen eben primär gegen etwas oder jemanden geht (daß Goerdeler usw. oder vielleicht auch Kapp letztlich etwas für das deutsche Volk tun wollten, besagt nichts; für gute Absichten braucht man kein eigenes Rechtsinstitut und um sie geht es auch nicht primär in einem entsprechenden Prozeß, sondern um die Straftat).

Das Widerstandsrecht erfaßt aber auch die konkreten "Staatsnothilfe"-fälle tatbestandlich wesentlich genauer. Es behandelt in seiner positivierten Form nicht nur den Eingriff in Rechte Einzelner, sondern auch den in hoheitliche Funktionen: wer es "unternimmt", die freiheitlich-demokratische Grundordnung "zu beseitigen", kann dies ja nur entweder durch Dienstbarmachung ihrer Institutionen, oder durch Schaffung neuer Institutionen, die dann ebenfalls hoheitliche Funktionen ausüben werden.

Im Übrigen wird etwa Übermaß bei Widerstandshandlungen durch Art. 20 IV GG nicht gedeckt, da der Norm, ebenso, wie es in § 32 StGB normiert ist, der Grundsatz der Erforderlichkeit²⁾ und das Verbot von Rechtsmißbrauch³⁾ innewohnen.

Es kann daher gesagt werden, Art. 20 IV GG behandelt den Problemkreis Staatsnothilfe aus staatsrechtlicher

1) Vgl. z.B. Scholler S. 24; Bertram S. 40: "Wiederbelebung naturrechtlicher Vorstellungen"

2) Bertram S. 83; Isensee S. 58

3) Bertram S. 85

Sicht, wirkt sich aber, wie noch zu untersuchen sein wird, auf die strafrechtliche Würdigung aus. Es bezeichnet exakt die Fallgruppe, die sich hinter dem Wort Staatsnothilfe verbirgt, was sich z.B. auch daraus ergibt, daß Staatsnothilfe und Widerstandsrecht häufig in einem Atemzug genannt werden.¹⁾ Der Begriff Widerstandsrecht hat aber den Vorrang. Der andere Begriff ist, wie gezeigt wurde, unpraktikabel und umstritten. Das Recht des Art. 20 IV GG umgekehrt als Staatsnothilfe zu bezeichnen²⁾, erscheint demgegenüber nicht nur verfehlt, sondern voreilig, da hiermit involviert wird, daß ein über Art. 20 IV GG hinausgehendes Staatsnotstandsrecht besteht³⁾.

Man könnte gegen die hier vertretene These, der Begriff Staatsnothilfe sei juristisch inadäquat und das Problem müsse aus der Perspektive des Widerstandsrechts betrachtet werden, einwenden, insofern handele es sich nur um unnötige juristische Wortklauberei und Etikettenschwindel. Dieser Einwand trifft aber nicht: es geht gerade im Gegenteil um die Entlarvung eines alten Etikettenschwindels, dem ganze Generationen von Juristen aufgesessen sind, da sich der größte Feind des Staates als dessen Nothelfer ausgab. Aber auch der Vorwurf der Wortklauberei ist haltlos, denn "ist das, was gesagt wird, nicht das, was gemeint wird, ... so gedeihen Kunst und Moral nicht. Gedeihen Kunst und Moral nicht, so trifft die Justiz nicht. Trifft die Justiz nicht, so weiß das Volk nicht, wohin Hand und Fuß setzen. Also dulde man keine Willkür in den Worten."⁴⁾

1) Bertram S. 42 und passim; Maurach S. 391; Isensee S. 32

2) Bertram, a.a.O.; v. Peter S. 721

3) Maurach S. 391; vgl. unten

4) Worte des Konfuzius, (Auswahl; München 1962) S. 103

Daher wird im Folgenden auf Zielsetzung, Voraussetzungen und Auswirkungen des Widerstandsrechts des Art. 20 IV GG im Hinblick auch auf die sogenannten Staatsnot-
hilfefälle einzugehen sein.

7. Zur Entstehung des Widerstandsrechts des Art. 20 IV GG

Das GG i.d.F. vom 23.5.49¹⁾ kannte kein geschriebenes Widerstandsrecht. Gleichwohl hatten sich oberste Bundesgerichte häufig mit dem Widerstandsrecht zu befassen, allerdings zumeist aus der Perspektive des Lastenausgleichs oder der Wiedergutmachung²⁾. Mit der Frage nach einem möglichen Widerstandsrecht in der BRD befaßte sich erstmals das BVerfG in seiner sog. KPD-Entscheidung³⁾.

Es nahm aber zu dessen Existenz nicht eindeutig Stellung, sondern legte, für den Fall, daß es ein Widerstandsrecht geben sollte, bestimmte Voraussetzungen für seine Ausübung fest⁴⁾. Es sind dies im wesentlichen Merkmale, die in Art. 20 IV 66 entsprechende Normierung gefunden haben (s.u.): der konservatorische Charakter des Widerstandsrechts, seine Subsidiarität und das Erfordernis der Evidenz des bekämpften Unrechts.⁵⁾

7.1 Die Kodifizierung

Im Bundestag kam das Widerstandsrecht, dessen Positionierung bei den Beratungen auf Herrenchiemsee ausdrücklich verworfen worden war⁶⁾, anläßlich der Diskussion

1) Auf die seit Jahrhunderten andauernde, frühere Diskussion über das WR kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. z.B. Scholler, S. 20; Krüger, S. 945

2) Nachw. bei Scheidle; Scholler, S. 27

3) BVerfGE 5,85,358 ff

4) BVerfGE 5,86,358

5) S. 377

6) Vgl. Schneider, S. 7 f

über die Notstandsverfassung zur Sprache¹⁾.

Bei den Beratungen über Notstandsmaßnahmen im Fall politischer Streiks waren von Seiten des Koalitionspartners SPD, möglicherweise aus den Erfahrungen des Kappputsches heraus, Bedenken gegen allzu starke Befugnisse der Exekutive vorgebracht worden. Man befürchtete, die Notstandsverfassung werde ein willkommenes Mittel für zukünftige Diktatoren darstellen, legal an die Macht zu kommen, ähnlich dem Notverordnungsrecht des Art. 48 WV. Um diese Bedenken zu zerstreuen, wurde während der 1. Lesung seitens der CDU auf die Existenz eines überpositiven Widerstandsrechtes zunächst hingewiesen²⁾, dann im federführenden Rechtsausschuß ein entsprechender Abänderungsvorschlag eingebracht.³⁾ Nach Erörterungen und Diskussionen, die, unterbrochen von Koalitionsgesprächen, etwa 2 bis 3 Stunden gedauert haben dürften⁴⁾, billigte der Rechtsausschuß in seinem Ausschlußbericht⁵⁾ den Art. 20 IV GG in seiner heutigen Fassung.

Während der 2. und 3. Lesung im BT wurde das Widerstandsrecht nur mehr en passant erwähnt; Kritik, insbesondere bezüglich der Hast des Verfahrens, wurde nur seitens der FDP laut. Schließlich wurde Art. 20 IV als Beigabe zur Notstandsverfassung mit den Stimmen der CDU/CSU und der SPD verabschiedet.⁶⁾

1) Zum folgenden vgl. Klein S. 865; Schultz S. 636

2) BT-Drucksachen V/1879

3) 117. Sitzung des 5. Deutschen Bundestages am 29.6.67, Prof. S. 5875

4) Nach Klein S. 866

5) BT-Drucksachen V/2873 S. 9

6) Nach Klein S. 866

7.2 Kritik an der Kodifizierung

Die Normierung des Widerstandsrechts in Art. 20 IV GG ist auf nahezu einhellige Ablehnung von Seiten der Staatsrechtslehre gestoßen, während sie im Strafrecht vereinzelte Befürworter fand¹⁾.

Berechtigte Kritik ist zunächst an der Änderung des Verfahrensrechts in Zusammenhang mit Art. 20 IV geübt worden. In Art. 93 I GG wurde eine Nr. 4a eingefügt²⁾, nach der u.a. eine Verletzung des Widerstandsrechts mit Verfassungsbeschwerde zum BVerfG geltend gemacht werden kann (§ 90 BVerfG). Nun ist aber das Widerstandsrecht subsidiär ("wenn andere Abhilfe nicht möglich ist."). Andere Abhilfe wäre doch wohl insbesondere die Verfassungsbeschwerde, die dann zulässig ist, wenn das Widerstandsrecht verletzt worden ist, aber dennoch nicht zulässig sein kann, da ja noch andere Abhilfe möglich ist; nämlich die Verfassungsbeschwerde, die zulässig ist, wenn das Widerstandsrecht verletzt worden ist, das aber nicht verletzt sein kann, da noch andere Abhilfe möglich ist, nämlich die Verfassungsbeschwerde... ad infinitum.

Diese "Regelung" wird auch dadurch nicht einsichtiger, daß vor Anrufung des BVerfG grundsätzlich der Rechtsweg erschöpft sein muß (§ 90 II 1 BVerfGG). Zwar kann das BVerfG nach Abs. II Satz 2 notfalls sofort entscheiden, aber wann wird jemals eine Widerstandslage existieren, solange das Verfassungsgericht noch intakt ist?! In diesem Fall wäre doch noch andere Abhilfe möglich, nämlich die Verfassungsbeschwerde ... (wie oben).

Von der Verfahrensseite abgesehen, erinnert die Regelung nur zu sehr an Lenin's Wort von den deutschen Revo-

1) V. Peter S. 721; Baumann, S. 353 f

2) Ges.v. 29.1.69; BGBl I S. 97

lutionären, die sich vor Erstürmung des Bahnhofs Bahnsteigkarten kaufen¹⁾. Jedenfalls wird jener rechtstreue Bürger, der dereinst um sein Recht auf Widerstand prozessieren wird, zweifellos eingehen in die Reihe unsterblicher Freiheitskämpfer, obwohl er ohne Kostenrisiko kämpft (§ 34 I EVerfGG).

Weiters ist an der Kodifizierung des Widerstandsrechts als solcher Kritik geübt worden²⁾. Ein Brückenbauer könne die Sprengkammern in sein Bauwerk einplanen, aber ein Verfassungsgeber könne nicht die Funktion und Logik des von ihm selbst geschaffenen Systems preisgeben, indem er eine transzendente Kritik daran legalisiere³⁾. Dieser Vorwurf liegt aber neben der Sache; der Vergleich mit der Sprengkammer paßt zwar, wie sich gezeigt hat, auf Art. 48 der Weimarer Verfassung, aber nicht auf Art. 20 IV GG, der eine rein konservative Funktion hat⁴⁾. Auch legalisiert Art. 20 IV keine Kritik an der Verfassung, sondern ist Ausdruck einer Furcht vor dem Pervertieren von Verfassung und Staat, die wahrlich nicht transzendente, sondern höchst reale Ursachen hat.

Auch die Befürchtung, durch die Normierung von Art. 20 IV würde dem "Putativwiderstand" Tor und Tür geöffnet⁵⁾, ist grundlos. Die Ausübung von vermeintlichen oder berechtigten Widerstandshandlungen ist von ganz anderen Faktoren abhängig, als von derartigen Grundgesetzänderungen (abgesehen davon, daß nur ein geringer Teil der Bevölkerung davon überhaupt Kenntnis haben dürfte. Außerdem gilt auch heute noch der Satz: "Die große Mehr-

1) Vgl. Isensee S. 99; Schneider S. 19

2) z.B. Klein S. 865; Maurach S. 391

3) Schneider S. 22

4) Allg.M.; BVerfGE 5,377; Schneider S. 18; Tsatsos, S. 168; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 22 zu Art. 20

5) Maurach S. 391

heit der Deutschen ist nach Denkart und Erziehung so veranlagt, daß bei ihnen eine übermäßige Beanspruchung des Widerstandsrechts nicht zu befürchten ist."¹⁾

Mehr Durchschlagskraft hat ein anderes Argument, auch wenn es zunächst scheinbar nur auf eine Stilfrage abstellt. "Angesichts der in paragraphenseliger Harmlosigkeit verharrenden Lehre des Staatsrechts klingt es doch geradezu wie Hohn auf die Wissenschaft, solche Krisen, wo der Staat am Rande des Abgrunds steht, wo ein Sprung in das Dunkle zu wagen ist, zu Rechtsinstituten zu machen."²⁾

Wenn bisher ungeschriebenes Recht in ein Gesetz aufgenommen wird, so wird damit idR die Rechtsklarheit gefördert. Die geschriebene Norm schafft durch ihre eindeutige Fixierung einen Vertrauensbestand. Den gerade aber enthält Art. 20 IV GG nicht, da er nur für einen extremen Ausnahmefall gilt. Er entlastet weder zum Risiko des rechtlichen Fehlgriffs noch vom Risiko des faktischen Scheiterns. Wenn der Widerstand gebrochen wird, setzt sich der siegreiche Usurpator über Art. 20 IV hinweg wie über andere Verfassungsbestimmungen auch; er muß es sogar, will er sich nicht als illegitim bloßstellen. Für den Mutigen ist eine gesetzliche Absicherung des Widerstandsrechts nicht nötig, für den Ängstlichen ist sie nicht möglich³⁾. Als legalistischer Wunschtraum erscheint das Unternehmen, den Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung durch eine Bestimmung der Verfassung schützen zu wollen, "vergleichbar dem Versuch

1) Pribilla S. 386. Der Verlauf der Studentenbewegung in der BRD Ende der 60er Jahre hat diesen Satz wohl mehr bestätigt als widerlegt.

2) V. Martitz, 1880; zit. nach Schneider, S. 22

3) Isensee S. 101

Münchhausens, sich am eigenen Zopf aus dem Sumpf zu ziehen"¹⁾. Das Schicksal der Rechtsordnung hängt im Widerstandsfall allein von nicht mehr verfassungsrechtlich organisierbaren Kräften ab, anders als bei verfassungsschützenden Rechtsinstituten der Normallage.

Eine verfassungsrechtliche Ermächtigung in der Grenzzone zwischen verfassungsgemäßer Ordnung und Unrechtsstaat ist ebenso sinnlos wie eine Freiheitsgarantie in anarchischen Zuständen, weil die öffentliche Gewalt als Schutzherr ausscheidet; sie ist entweder nicht mehr legal oder nicht mehr effektiv.

Der Verfassungsgesetzgeber versprach sich von der Positivierung einen erzieherischen Effekt²⁾. Auch das ist eine Utopie und läuft auf den Versuch hinaus, vermöge gesetzgeberischer Mannahmen das Schicksal abzuschaffen. Politische Wachsamkeit und persönliche Einsatzbereitschaft, die inneren Voraussetzungen für die Ausübung des Widerstandsrechts, lassen sich nicht durch Gesetz verordnen. Es fragt sich ohnehin, ob der legitime pädagogische Effekt nicht am ehesten von dem englischen Aphorismus umschrieben wird: Die Regierenden sollten handeln, als gäbe es ein solches Recht, die Regierten sollten Handeln, als existiere es nicht³⁾.

Außerdem wird durch die Positivierung des Widerstandsrechts das reale Risiko, das mit seiner Ausübung verbunden ist, verdeckt. Der Anschein wird erweckt, es handle sich beim Widerstandleisten um einen ganz normalen, fast alltäglichen Vorgang, grundgesetzlich geregelt wie die

1) Isensee S. 99

2) Abg. Even, (CDU), 117. Sitzung des 5. Deutschen Bundestages am 29.6.67, Prot. S. 5367

3) Zit. nach Isensee, S. 100

Ausübung etwa der Berufsfreiheit. Das geschriebene Widerstandsrecht täuscht also festen Gesetzesgrund vor, wo in Wirklichkeit nur der Absprung vom sicheren Boden der Legalität möglich ist. Was sagt wohl einer der Männer des 20. Juli, erführe er, "sein Fall" sei jetzt geregelt und erfaßt, mit Verkündung im BGBl.! Das Wesentliche des Widerstandes ist doch die Durchbrechung der formalen Legalordnung, daher kann er durch diese Legalordnung nicht erlaubt werden; erlaubter Widerstand ist entweder nicht erlaubt oder kein Widerstand. Außerdem spricht die Positivierung des Widerstandsrechts der menschlichen Extremlage Hohn, die vorliegt, wenn sich der einzelne zum Widerstand durchringt.

Im übrigen ist das Widerstandsrecht als überpositives Recht spätestens seit 1945 einhellig anerkannt¹⁾. Die Positivierung erscheint also überflüssig. Gleichwohl hat sie möglicherweise den einen, zweifelhaften Vorteil, daß sie für eine nicht unmögliche Zukunft den Mitläufern, den Befehlsausführern, den Legalisten den Weg in die "innere Emigration" versperrt. All jene, die wie weiland auch viele Juristen nur dem Buchstaben der positiven Norm folgen, die vor realem Unrecht die Augen verschließen und banal von Rechtssicherheit, Rechtsstaatlichkeit, Ruhe und Ordnung sprechen²⁾, werden durch Art. 20 IV GG mit ihren eigenen Waffen geschlagen. So absurd die Legalisierung der Widerstandssituation sein mag³⁾, sie erscheint doch nicht ganz sinnlos, angesichts der auch heute noch häufig anzutreffenden Haltung, 'nur das sei Recht, was im BGBl. verkündet wird'. Kein Jurist kann sich mehr darauf berufen, für die rechtliche Beurteilung

1) Vgl. die nahezu unüberschaubare Literatur zum Widerstandsrecht bei Backmann in Kaufmann, D., S. 561 ff

2) Vgl. Kaufmann, Arthur, E. S. 328

3) Schneider, S. 22, spricht von Entwürdigung

von Widerstandstaten käme es auf die moralische Beurteilung nicht an¹⁾, man könne im buchstabengetreu-formalen bleiben²⁾. Angesichts der Tatsache, daß vor einem LG der Bundesrepublik Deutschland ernsthaft darüber gestritten wurde, ob eine verfolgte Jüdin den Kriegsgesetzen des 3. Reiches Gehorsam geschuldet habe³⁾, erscheint die - zugegebenermaßen banale - Feststellung des Art. 20 IV GG, daß gegen einen Unrechtsstaat Widerstand geleistet werden dürfe, doch nicht ganz überflüssig. Wenn diese Positivierung albern erscheint, so vielleicht auch deshalb, weil sie insofern das Spiegelbild ihrer Adressaten darstellt.

Ein positiver, erzieherischer Effekt ist von Art. 20 IV zwar nicht zu erwarten, dennoch ist die Norm nicht "überflüssig wie ein Kropf"⁴⁾. Hiernach werden Mitläufer und Schreibtischtäter als eben solche zu kennzeichnen sein, und nicht als Männer, "die Schlimmeres verhindert haben".

1) So aber BGH in NJW 62, 196

2) Vgl. Kaufmann, Arthur, F, S. 156

3) Vgl. Arndt S. 433

4) So aber Isensee, S. 105

8. Bestimmung des Telos des Widerstandsrechts in der freiheitlich-demokratischen Grundordnung

Bevor auf spezielle, "tatbestandliche" Fragen bei Art. 20 IV GG eingegangen werden kann, ist zunächst die abstrakte Zielrichtung des Widerstandsrechts zu bestimmen. Hierbei soll dem System des "Wissenschaftlichen Wertrelativismus" gefolgt werden.

8.1 Erkenntnisse des wissenschaftlichen Wertrelativismus

Im Laufe der langandauernden Diskussion über Neopositivismus und Wertrelativismus haben sich verschiedene Typen des Relativismus herausgebildet.¹⁾ Um den hier zugrundegelegten Begriff von Wertrelativismus von anderen Typen zu unterscheiden, wird er im Anschluß an Arnold Brecht²⁾ "wissenschaftlicher Wertrelativismus" genannt. Der wissenschaftliche Wertrelativismus sagt, daß letzte (höchste, absolute) Werte durch die Wissenschaft nicht bewiesen werden können³⁾. Zu diesem Ergebnis kommt er durch folgende Überlegung.

Von 'wertvollen' Dingen (Zuständen, Eigenschaften, Ergebnissen, Handlungen, Urteilen) sprechen wir dann, wenn wir sie für die Erreichung eines bestimmten Zweckes, den wir verfolgen oder verfolgen wollen, brauchen können⁴⁾.

1) Vgl. Brecht, S. 199 ff; Tsatsos, S. 161 ff

2) S. 139

3) S. 117, 140; Theodor Geiger, A, S. 253 ff; ders. B, S. 245 f; vgl. auch Krüger S. 237

4) Vgl. Brecht, S. 142 ff

Die nächste Frage ist dann die, ob der Zweck, den wir verfolgen, selbst wertvoll ist, und wenn wir das glauben, warum? Da wir in unserem Leben wechselnde Zwecke verfolgen, fühlen wir möglicherweise, daß wir einige Zwecke verfolgen **s o l l t e n** und andere nicht. Damit ist die Frage nach letzten Zwecken oder absoluten Werten gestellt. Diese Frage führt zugleich zur Unterscheidung von Sein und Sollen. Ist beispielsweise allein die Tatsache, daß Menschen auf der Erde leben, eine logische Rechtfertigung für den Schluß, daß sie leben bleiben sollen und ihre Tötung unter Strafe zu stellen sei?

Der wissenschaftliche Wertrelativismus verneint die Frage¹⁾. Die Begründung für diese Antwort folgt aus der neopositivistischen Erkenntnistheorie oder der "wissenschaftlichen Methode"²⁾.

Ganz generell kann man vielleicht sagen, daß Wissenschaft ein Bemühen um wahre Erkenntnis ist. Problematisch ist nur, was als wahr gelten soll. Den Anspruch der Wissenschaftlichkeit erhebt die "wissenschaftliche Methode" deshalb, weil sie intersubjektiv übertragbares Beweismaterial liefert, das jede Person begreifen kann, und nicht darauf besteht, daß andere Wissenschaftler die Genauigkeit der Schlüsse oder die Gültigkeit der Beobachtungen, soweit sie nicht rein empirischer Natur sind, als unangreifbar zu akzeptieren³⁾. Bei jeder sozialwis-

1) a.a.O. S. 150; Geiger Theodor, B, S. 77 f, 119

2) Brecht, S. 140 f

3) S. 135 ff; Popper, A S. 208; zur Kontroverse zwischen analytisch empirischer und kritisch-dialektischer Soziologie vgl. einerseits Popper, B; Albert, S. 225ff und andererseits Adorno, S. 249 ff; auf eine ausführliche eigene Stellungnahme zu dieser Kontroverse konnte verzichtet werden, da die hier interessierende Unbeweisbarkeit von Wertentscheidungen im wesentlichen anerkannt wird und die "kritische Theorie" der praktischen Jurisprudenz keine neuen Wege zu zeigen scheint.

senschaftlichen oder naturwissenschaftlichen Untersuchung konzentriert sich die neopositivistische Erkenntnistheorie auf eine Anzahl "wissenschaftlicher Operationen"¹⁾, von denen hier nur diejenigen darzustellen sind, die zum Verständnis des wissenschaftlichen Wertrelativismus erforderlich sind.

Die "wissenschaftliche Methode" anerkennt als wissenschaftliche Verfahrensweise die Beobachtung dessen, was beobachtet werden kann, und die vorläufige Akzeptierung der Beobachtung als hinreichend genau. Indem die "wissenschaftliche Methode" die Identität des von mehreren Personen beobachteten Objektes annimmt, akzeptiert sie die Richtigkeit der Annahme, daß das gleiche Ding oft bei verschiedenen Menschen parallele Eindrücke hervorruft, daß es also eine "Konsubjektivität"²⁾ gibt. Der Grund für die Anerkennung solcher Wahrnehmungsurteile liegt darin, daß diese verhältnismäßig leicht intersubjektiv verbindlich werden können. Aber selbst, wenn eine Beobachtung als präzise durchgeführt, mitgeteilt und akzeptiert wird, bleibt für die Wissenschaft noch zu entscheiden, ob der Schluß gezogen werden kann, daß das subjektiv Beobachtete einer wirklichen Tatsache objektiv entsprach³⁾. Positive Regeln für diesen Schluß gibt es nicht. Wohl aber gibt es Regeln negativer Art, die es verbieten, etwas als Tatsache zu akzeptieren, was mit früher oder gleichzeitig akzeptierten anderen Tatsachen unvereinbar ist. Die Relativität jedes Beweises durch Beobachtung führt zu der Erkenntnis, daß es im strengsten Sinne einen vollen empirischen Beweis im Rahmen der "wissenschaftlichen Methode" nicht gibt⁴⁾ und daß nach dieser Methode in der Wissenschaft nur eine solche Wahrheit zählt, die

1) Vgl. im einzelnen Brecht, S. 131 ff; ferner Popper, A, S. 22 ff

2) Brecht, S. 37; vgl. auch Tsatsos, S. 162

3) Brecht, S. 54

4) S. 59

empirisch feststellbar und notwendigerweise vorläufig ist.¹⁾ Da die "wissenschaftliche Methode" jedoch eine breite Sphäre der "Konsubjektivität" anerkennt, unterscheidet sie sich insofern vom radikalen Skeptizismus, als sie eine auf überwältigendem empirischen Beweis begründete Realität nicht leugnet²⁾. Sie erwartet vom wissenschaftlichen Forscher im allgemeinen, daß er die empirisch begründeten Tatsachen solange akzeptiert, wie nicht gewichtige Zeichen zum Gegenteil zwingen³⁾.

Die "wissenschaftliche Methode" anerkennt ferner die induktive Generalisierung vorläufig akzeptierter Einzeltatsachen (Wirklichkeit, Realität) als faktische Hypothese⁴⁾. Immer, wenn eine verallgemeinernde synthetische Feststellung getroffen wird - wenn wir zum Beispiel sagen, daß alle nicht gestützten Steine zu Boden fallen, weil das sehr oft beobachtet wurde, oder, daß Macht korrumpiert, weil wir das oft beobachtet haben - dann wird ein sogenannter induktiver Schluß gezogen. Bei diesem Schluß bleibt allerdings die Prämisse "einmal-gleich-immer" oder "oft-gleich-immer" unbewiesen, so daß induktives Denken lediglich zu vorläufigen Hypothesen führen kann, deren Wahrheit wissenschaftlichem Zweifel ausgesetzt bleibt⁵⁾.

Wenn wissenschaftliche Erkenntnis immer empirisch begründet sein muß, ergibt sich als unmittelbare Konsequenz, daß über alles Erkennen die logische Deduktion von elementarer Bedeutung ist, weil sie allein als logische Folgerung im eigentlichen Sinn bezeichnet werden kann⁶⁾. Deduktives logisches Denken wird von der "wissen-

1) Brecht, S. 58

2) S. 59 ff

3) Brecht, S. 60; Popper, A, S. 47 ff, 60 ff; ders. C, S. 97

4) Brecht, S. 68 ff

5) ebenda S. 72

6) ebenda S. 63 ff; Popper, A, S. 63 ff

schaftliche Methode" nur dann als voller Beweis angesehen, wenn es streng analytisch ist. Es ist analytisch, wenn dem Sinn eines bestimmten Ausdrucks oder Aussagesatzes nichts hinzugefügt, sondern nur explicite ausgedrückt wird, was daran implicite enthalten ist.

Wenn ein Satz dem Sinn eines gegebenen Ausdrucks oder Aussagesatzes etwas hinzufügt, ist er nicht analytisch, sondern synthetisch. Für einen analytischen Schluß sei das bekannte Beispiel angeführt: Ausgangspunkt der logischen Operation sei der Aussagesatz: Alle Menschen sind sterblich, und Sokrates ist ein Mensch. Wird aus diesem Aussagesatz der Schluß gezogen: Sokrates ist sterblich, so ist dieser Schluß streng analytisch, denn er enthält nichts, was nicht implicite im Aussagesatz bereits enthalten ist. Ob eine Aussage analytisch oder synthetisch ist, läßt sich jedoch nicht immer sofort erkennen und hängt von der Definition der benutzten Ausdrücke ab. Die Aussage, alle Steine fallen zu Boden, wenn sie nicht gestützt werden, ist dann analytisch, wenn ein Stein als ein Körper definiert wird, der Gewicht hat, und Gewicht als eine Eigenschaft angesehen wird, die Körper zum Fallen bringt, wenn sie nicht gestützt werden. Der gleiche Satz ist synthetisch, wenn Steine ohne Bezug auf Gewicht definiert werden.

Wenn die logische Ableitung von Sollsätzen aus Seinsätzen nicht möglich ist, so folgt daraus, daß es keinen intersubjektiv transmissiblen Beweis für nichthypothetische Sollsätze gibt, die über die Behauptung hinausgehen, daß Menschen etwas wollen, daß etwas getan werden soll. Der wissenschaftliche Wertrelativismus behauptet also nicht, daß es keine absoluten Werte gibt, er sagt nur, es könne intersubjektiv weder bewiesen werden, daß es welche gibt, noch, daß es keine gibt. Die Frage ob etwas wertvoll ist, kann wissenschaftlich nur beantwortet

werden unter Bezugnahme auf ein Ziel oder einen Zweck, zu deren Verfolgung es nützlich (wertvoll) ist, oder nicht, oder auf Vorstellungen (Ideen, Meinungen), die ein einzelner oder eine Gruppe von Personen darüber hat, was wertvoll oder nicht wertvoll ist¹⁾.

Dieses Ergebnis des wissenschaftlichen Wertrelativismus führt zu der Frage, ob es überhaupt nötig ist, einen vollen Beweis zu erbringen, ob nicht ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit ausreicht, denn auch die "wissenschaftliche Methode" ist genötigt, auf die Konsubjektivität und ein gewisses Maß an Willensfreiheit zurückzugreifen²⁾. Bei Werturteilen stellen wir jedoch in der Regel widersprechende Beobachtungen über Meinungen fest, die sich nicht in Übereinstimmung mit den wissenschaftlichen Grundsätzen der Induktion generalisieren lassen³⁾. Die Notsituation des Widerstandsrechts ist ein typischer Fall für solche Wertdifferenzen.

8.2 Geltung von Rechtsgrundsätzen und Wertrelativismus

Die Rechtswissenschaft unterscheidet zwischen dem technischen und dem soziologischen Geltungsgrund von Rechtsnormen⁴⁾. Normalerweise können Rechtsnormen nur durch einen besonderen förmlichen Rechtsetzungsakt technisch in Kraft gesetzt werden. Bei Gesetzen ist dieser Rechtsetzungsakt z.B. die Verkündung nach verfassungsgemäßem Zustandekommen. Es ist jedoch zu beachten, daß der Rechtsetzungsakt keine unbedingt notwendige Voraussetzung für die Geltung einer Norm als Rechtsnorm ist. Das

1) Brecht, S. 140

2) Willensfreiheit heißt nicht Indeterminismus, vgl. Henkel S. 190

3) Brecht, S. 157

4) Schreiber, S. 68 ff

ergibt sich aus der Anerkennung des Gewohnheitsrechts, das allein durch längere Übung mit dem Bewußtsein der Billigung als Rechtsnorm entsteht. Andererseits reicht auch die technische Geltung der Rechtsnorm allein nicht aus, um sie als verbindlich ansehen zu können.

Neben die technische Geltung tritt noch die sogenannte soziologische Geltung der Rechtsnorm¹⁾. In diesem Sinne gilt eine Rechtsnorm erst dann, wenn die große Masse der Rechtsunterworfenen aufgrund der in ihnen lebenden Anschauungen den Inhalt der Norm als für sich verbindlich betrachtet und die Norm befolgt. Dieser Gehorsam gegenüber den Rechtsnormen braucht nicht unbedingt auf der einheitlichen inneren Überzeugung aller Rechtsunterworfenen von der inhaltlichen Richtigkeit der Norm zu beruhen. Es genügt ein Hinnehmen aufgrund der physischen Macht der öffentlichen Meinung oder aufgrund der moralischen Macht, die von der Überzeugung der Mehrheit der Rechtsunterworfenen ausgeht²⁾. So lassen sich in unserer heutigen westlichen Kultur die Monogamie, die Familie, das Privateigentum, das Erbrecht, und Freiheit und bindende Kraft von Verträgen als Institutionen bezeichnen, die unser traditioneller Gerechtigkeitssinn akzeptiert und die entsprechend auch als rechtliche Institutionen durch unsere Rechtsordnung geschützt werden³⁾. Vom Standpunkt des wissenschaftlichen Wertrelativismus aus stellen diese Rechtsgüter keine absoluten Werte dar, und ein Verstoß gegen die zu ihrem Schutz normierten Rechtssätze kann wissenschaftlich nicht als ungerecht bewiesen werden⁴⁾. Dies folgt aus dem Unvermögen der Wissenschaft, letzte Maßstäbe der Gerechtigkeit aufzu-

1) Dahm, S. 33; Henkel, S. 438 ff

2) Dahm, S. 33

3) Brecht, S. 178

4) Geiger, Theodor, B, S. 215

stellen¹⁾, die notwendigerweise ja eine Wertung enthalten.

Da jedoch jede Rechtsordnung den Schutz bestimmter Werte bezweckt²⁾, und auch das Widerstandsrecht der Verwirklichung bestimmter Werte dient, stellt sich die Frage nach der juristischen Begründung von Rechtsnormen. Aus dem Unvermögen der Wissenschaft, letzte Maßstäbe der Gerechtigkeit aufzustellen und absolute Werte zu beweisen, kann nicht folgen, daß von Rechts wegen alle Staatsbürger, Beamten und Gerichte einem in Gesetzesform gekleideten diktatorischen Werturteil gehorchen müssen, einerlei, wie empörend und unmoralisch es einigen von ihnen erscheinen mag³⁾.

Tsatsos⁴⁾ hat die Auffassung vertreten, daß man bei Leugnung absoluter Werte annehmen müsse, daß entweder aus einer Streitigkeit über die Bewertung der vorhandenen Machtordnung immer ein Widerstandsrecht entsteht (dies ist der Fall, wenn man den Willen des Einzelnen als allein maßgebend betrachtet), oder umgekehrt, daß aus keiner solchen Streitigkeit ein Widerstandsrecht entstehen kann (dies ist der Fall, wenn man dem positiven Recht allein verbindliche Geltung zubilligt). Beide Alternativen führen zu allzu unbefriedigenden Ergebnissen und werden daher auch von Tsatsos abgelehnt.

Im Gegensatz zu Tsatsos vertritt Arnold Brecht⁵⁾ die Auffassung, daß es juristisch durchaus möglich sei, so zu argumentieren, daß gewisse fundamentale Rechtsgrund-

1) Brecht, S. 161 ff

2) Dahm, S. 136 ff; Henkel, S. 61, 161 ff, 221 ff, 299 ff, Kipp, S. 94

3) Fuglsang-Petersen, S. 48

4) S. 157

5) Brecht, S. 191 f

sätze und -maximen an einem bestimmten Ort und zu einer bestimmten Zeit j u r i s t i s c h gelten, selbst, wenn sie von der an der Macht befindlichen Regierung mißachtet werden. Diese Art, gegen die rechtliche Gültigkeit einer didaktorischen Verordnung zu plädieren, dürfe nicht verwechselt werden mit der Behauptung, daß die universale oder absolute Gültigkeit der betreffenden Grundsätze oder Maximen wissenschaftlich b e w i e s e n ¹⁾ werden könnten.

Der Meinungsstreit führt zur Frage nach dem Geltungsgrund von Rechtsnormen im allgemeinen und der Begründung des Widerstandsrechts im besonderen.

8.3 Bedeutung des wissenschaftlichen Wertrelativismus für die Begründung des Widerstandsrechts; Bedenken gegen die gegenwärtigen Auffassungen

Nachdem die Erkenntnisse des wissenschaftlichen Wertrelativismus abstrakt dargestellt wurden, werden im folgenden die verschiedenen Begründungen des Widerstandsrechts von ihrem methodischen Ansatzpunkt her analysiert, um dann aus dem Ergebnis dieser Analyse eine Begründung des Widerstandsrechts abzuleiten, die den Forderungen der "wissenschaftlichen Methode" entspricht. Diese Methode könnte für die Bearbeitung des Problems besonders geeignet sein, da uns dieses in das Grenzgebiet zwischen Rechtswissenschaft und metaphysischer Spekulation führt. Aussagen über die Gerechtigkeit sind Aussagen über Werte, und zwar über moralische Werte. Der Vorzug der "wis-

1) Dies Beweisen wiederum nicht zu verwechseln mit Konvergenz, dazu Kaufmann Arthur, S. 62 ff u.u.

senschaftlichen Methode" besteht nun darin, daß sie intersubjektiv transmissibles Wissen vermittelt, das einer wissenschaftlichen Erörterung standhält und sich bei keiner Frage in den Bereich persönlicher, unbeweisbarer Intuition zurückziehen muß. So entschieden wir auch unser eigenes Denken und Fühlen über Recht und Gerechtigkeit verfechten mögen; es mag nachvollziehbar sein, bleibt aber unbeweisbar und wird andersdenkenden Menschen kaum überzeugen, solange unsere Erkenntnisse und Werturteile nicht durch eine von der Empirie ausgehende Argumentation gestützt werden können.

8.3.1 Leugnung eines Widerstandsrechtes

Vor der Normierung von Art. 20 IV GG war der Rechtspositivismus¹⁾ in der Form des Gesetzespositivismus der praktisch bedeutsamste Gegner des Widerstandsrechtes (typisches Juristenargument: 'Wo steht das?'). Seit der Normierung erscheint diese Position kaum noch vertretbar²⁾.

Aber schon vorher begegnete die These des Rechtspositivismus grundsätzlichen Bedenken. Auch der Rechtspositivismus gibt nämlich auf die Frage, welches Recht an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit gilt, nur scheinbar eine "relative" Antwort, indem er sich zwar auf ein bestimmtes Land bezieht, innerhalb desselben jedoch nur die von der Regierung eines souveränen Staates anerkannten Normen und Weisungen als geltendes Recht akzeptiert³⁾. Außerhalb der positiven Normen gibt es für den Rechtspositivismus keine rechtlich erhebliche Erscheinung mehr.

1) Wolzendorff, S. 461

2) Zur Kritik an der Normierung vgl. oben

3) Brecht S. 221; vgl. auch RGZ 118,325

Damit ist zwar jede Metaphysik aus dem Bereich des Rechts ausgeschlossen, zugleich ist dieses aber zu einem "freischwebenden System"¹⁾ geworden, das jedem zur Verfügung steht, der es zu gebrauchen weiß, und dessen Legitimation allein auf der Anerkennung der Rechtsunterworfenen beruht²⁾. Die Frage nach materialer Gerechtigkeit bleibt so gänzlich unbeantwortet. Der Rechtspositivismus bewegt sich in einem circulo vitioso, weil nach seiner Auffassung der Staat, bzw. letztlich die Autorität der Macht die einzige Quelle des Rechts ist; das Recht ist aber Voraussetzung für die Existenz des Staates, der erst viel später als dieses konstituiert wurde³⁾. Da spätestens seit den Erfahrungen der jüngeren Vergangenheit die Möglichkeit einer Diskrepanz zwischen Staat und Recht nicht mehr bestritten wird, ist auch das Widerstandsrecht weitgehend anerkannt, wenn auch eine einheitliche Begründung desselben sich bisher noch nicht herauskristallisiert hat.

8.3.2 Theozentrischer Lösungsversuch

Even⁴⁾ mißt das Widerstandsrecht am Dekalog und leitet daraus bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen für die Ausübung des Widerstandes ab.

Wird Wissenschaft als intersubjektiv transmissible Erkenntnis aufgefaßt, so ist weitgehend anerkannt, daß es der Wissenschaft unmöglich ist, die Existenz oder Nichtexistenz eines Gottes zu beweisen, der unabhängig denkt,

1) Henke S. 169

2) Brecht S. 221

3) Vgl. Gurvitch S. 26

4) S. 161 und passim; vgl. auch Bertram S. 87 ff

plant und handelt¹⁾. Daraus folgt, daß es unmöglich ist, die absolute Geltung ethischer Postulate, die sich auf Gottes Realität stützen, zu widerlegen oder zu beweisen. Trotz dieser Grundlegenden Erkenntnis wird immer wieder²⁾ die Auffassung vertreten, daß die Realität eines Gottes höchst unwahrscheinlich sei, womit gemeint ist, daß die wissenschaftlichen Gründe zugunsten der einen Antwort stärker seien, als die zugunsten der anderen. Vom Standpunkt der "wissenschaftlichen Methode" ist eine solche Argumentation unhaltbar.

Wird nämlich der Ausdruck Wissenschaft nur für die Ermittlung intersubjektiv transmissiblen Wissens gebraucht, so müssen alle Argumente darüber, was wahrscheinlich oder nicht wahrscheinlich ist, alle Daten, die nicht intersubjektiv übertragbar sind, und insbesondere jede rein persönliche Neigung zu glauben oder nicht zu glauben, als nicht wissenschaftlich ausgeschlossen werden³⁾. Die Frage nach der Entstehung der Welt kann von der Wissenschaft nur in Alternativen beantwortet werden. Kräfte sind entweder von einem Schöpfer in Gang gesetzt worden oder von Ereignissen, die keinen Schöpfer voraussetzen⁴⁾. Die "wissenschaftliche Methode" kann keinen höheren Grad von Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der einen oder der anderen Alternative feststellen, denn jedem intersubjektiv transmissiblen Argument zugunsten der einen Alternative kann ein ebenso starkes zugunsten der anderen entgegengesetzt werden⁵⁾.

1) Brecht, S. 338 ff, 560 f

2) Vgl. die Nachw. bei Brecht S. 561 Fußn. 3

3) Brecht, S. 566

4) ders. S. 567

5) ders. S. 568

Wenn es auch unmöglich ist, die absolute Geltung ethischer Postulate, die sich auf Gottes Realität stützen, zu widerlegen oder zu beweisen, so ist der methodische Ansatzpunkt Evens gleichwohl nicht unzulässig. Es widerspricht der "wissenschaftlichen Methode" nämlich nicht, Überlegung und Forschung auf eine offen zugegebene Annahme oder Arbeitshypothese zu gründen¹⁾. Dies darf eben nur nicht mit dem Anspruch auf Ausschließlichkeit des methodischen Ansatzpunktes geschehen. Wenn in der Religion nicht wissenschaftliche Klärung, sondern eine religiöse Direktive für die Auslegung eines Ideals gesucht wird, dessen Klärung durch die Wissenschaft allein als unmöglich anerkannt ist, so kann dieses Vorgehen zu neuen Erkenntnissen führen und auch wissenschaftliche Bedeutung erlangen²⁾. Allerdings muß Evens Begründung des Widerstandsrechts insofern kritisiert werden, als der theozentrisch-naturrechtliche Lösungsversuch allein mit dem Hinweis gerechtfertigt wird, das auf den Menschen gestellte Vernunftsrecht sei mangels Orientierung an einem unwandelbaren Pol unfähig, die Aufgabe eines absoluten Grundsatzrechtes zu erfüllen, und das positive Recht komme als Schlüssel zur Wahrheit und Gerechtigkeit nicht in Betracht³⁾. Dies allein genügt kaum zur Statuierung eines Ansatzes, der zumindest der Rechtfertigung gegenüber anderen möglichen Lösungsversuchen bedurft hätte.

8.3.3 Rational-naturrechtlicher Lösungsversuch

Die in diesem Abschnitt angeführten Autoren suchen ihre Vorstellung von einem idealen Zustand des Staates

1) Brecht, S. 126 ff

2) Kaufmann, Arthur, S. 568

3) Even, S. 24 f

mit Hilfe des Widerstandsrechtes zu verwirklichen, wenn der Staat zum "Unrechtsstaat" entartet ist. Die Bezugnahme auf einen idealen Zustand bildet den Maßstab für die Ausübung des Widerstandsrechts, das an verschiedenen Gerechtigkeitsideen gemessen wird, ohne daß dabei der Begriff der Gerechtigkeit ausdrücklich erwähnt werden mußte. Diese Gerechtigkeitsideen sind - worauf schon die Verschiedenheit ihrer Inhalte hinweist - nicht intersubjektiv transmissibel und daher nicht wissenschaftlich beweisbar¹⁾.

Tsatsos erkennt diese Problematik und glaubt aus der analytischen Betrachtung der Geschichte Sollenssätze gewinnen zu können, die erkennbare objektive Werte darstellen. Die Geschichte ist nach seiner Auffassung²⁾ "weder bloßes Erlebnis noch reine Erkenntnis, weder bloßes Sein noch reines Sollen." Vielmehr stelle sie die dauernde Aufhebung des Gegensatzes von Sein und Sollen dar; Erkenntnis und Erlebnis kämen zur Deckung. "Damit ist nicht die jeweilig herrschende subjektive Vorstellung des Sollens gemeint. Dieses subjektive Sollen gehört zunächst selbst dem Sein an. Es ist hier ein objektives Sollen, es ist der Geist der Geschichte gemeint, dessen Entstehung und ewige Vervollständigung nur aus der Geschichte als Ganzem, nie aus einem Bruchstück derselben zu erfassen ist, genau wie aus einem Satz niemals der Sinn eines Vernunftschlusses zu erraten ist."

Der Sinn der Geschichte ist Tsatsos³⁾ zufolge das stufenmäßige Erkämpfen der Freiheit. Die Objektivität des Freiheitswertes findet ihre allmählich steigende Begründung in der Geschichte selbst. Den Begriff der Objek-

1) Vgl. Brecht, S. 170 ff.; Geiger Theodor, B, S. 158/159

2) S. 165

3) S. 163

tivität verwendet Tsatsos an dieser Stelle in dem Sinn, daß er das stufenmäßige Erkämpfen der Freiheit als eine objektive und vorläufig verifizierbare Tatsache hinstellt; eine These, die, angewendet auf die weltpolitische Entwicklung auch nur unseres Jahrhunderts, zumindest zweifelhaft erscheint. Sie begegnet nicht nur notwendigerweise dem Vorwurf der Geschichtlichkeit, sondern auch dem der Subjektivität, da die Beurteilung der relativen Freiheit eines politischen Systems stets auch durch die Stellung des beurteilenden Subjekts in bzw. zu diesem System bestimmt wird.

Tsatsos¹⁾ sucht in der Geschichte nicht allgemeingültige, überzeitliche Werte, sondern solche, die dem Geist der jeweiligen Kultur entsprechen. Nun erscheint es freilich nicht von vornherein aussichtslos, solche Werte zu bestimmen. Wenn man aber, wie Tsatsos²⁾, aus der Existenz von Werten zeitlich beschränkter Geltung auf deren normativen Sinn schließt, so wird die Ebene der "wissenschaftlichen Methode" verlassen. Für die Richtigkeit seiner These spricht auch nicht der "Zusammenhang der Geschichte, deren vorübergehende Schwankungen das dauernde Hervorgehen nicht verhindern.", denn die Dauerhaftigkeit solcher ethischer Bewertungen, die ohne tatsächliche Umkehrungen fortgegolten haben, läßt sich schließlich auch durch die zunehmende Kenntnis objektiver Faktoren in Eigenschaften und Zusammenhängen und durch die Tradition erklären, ohne daß man auf die These einer unabhängigen Existenz von Werten zurückgreifen braucht³⁾. Sollten Werte objektiv und unabhängig von den Menschen existieren, dann nur deshalb, weil transzendente Kräfte es so wollen. Weil aber die Wissenschaft die Realität derartiger Kräfte mit ihren Mitteln nicht bewiesen hat oder nicht be-

1) S. 164

2) S. 48

3) Brecht, S. 349; S. 125

weisen kann, so kann sie auch die objektive Realität ethischer Werte nicht beweisen.¹⁾

Tsatsos²⁾ rechtfertigt seine Ansicht weiter damit, daß das Bewußtsein vor das Dilemma gestellt sei, entweder die Geschichte als eine Aufhebung des Gegensatzes von Sein und Sollen aufzufassen, oder sie als ein sinnloses Geschehen zu betrachten; denn wäre es richtig, daß aus dem Sein niemals ein Sollen entstehen kann, so wäre auch die Auffassung richtig, daß aus dem Sollen nie ein Sein entstehen kann. Eine solche Auffassung schließe aber die Einheit sowohl im Beginn wie auch am Ende aus. Diese Einheit sei jedoch die unentbehrliche Voraussetzung der Vernunft. Selbst wenn man aus der Betrachtung der Geschichte nicht die Überzeugung gewinnen könne, daß sie als Sinn die Aufhebung des Gegensatzes von Sein und Sollen habe, sei man diesem Dilemma gegenüber gezwungen, weiterzudenken, als ob die Geschichte diesen Sinn wirklich hätte. Sonst sei das Zusammenleben der Menschen, obwohl für die Erhaltung des Lebens nötig, doch unmöglich, denn einziger Maßstab für Bewertungen bliebe dann die überlegene Gewalt.

Hierbei wird die sehr wichtige und in der Praxis notwendige Unterscheidbarkeit zweier Fragen übersehen: die nach der Beweisbarkeit absoluter Werte einerseits; und der nach der juristischen Begründbarkeit von Rechtsnormen andererseits. Nur die letztere aber kann Gegenstand dieser Arbeit sein.

Nach den vorstehenden Ausführungen erübrigt es sich, auf die verschiedenen anderen im Rahmen des rational-naturrechtlichen Lösungsversuchs für die Ausübung des Wi-

1) Brecht, S. 350

2) S. 166

Widerstandsrechts angeführten Wertmaßstäbe näher einzugehen, da die Problematik des methodischen Ansatzpunktes stets die gleiche ist.

Selbst wenn auf die Unbeweisbarkeit objektiver Werte hingewiesen wird,¹⁾ orientieren sich die Autoren dennoch an diesen traditionellen Gerechtigkeitsideen, ohne zu den verschiedenen Möglichkeiten der Begründung des Widerstandsrechts weitergehende Untersuchungen vorzunehmen.

8.3.4 Staatsrechtlicher Lösungsversuch

Der methodische Ansatz des staatsrechtlichen Lösungsversuchs basiert auf der Anerkennung des Volkssouveränität im Sinne der "Staatsträgerschaft des Volkes" und setzt implizite voraus, daß die gegenwärtige positivrechtliche Ordnung des Staates eine gerechte Ordnung ist²⁾. Auf die Frage, welche Maßstäbe heranzuziehen sind, wenn das positive Recht einem oder mehreren Staatsbürgern als ungerecht erscheint, geht dieser Lösungsversuch nicht ein³⁾.

Gegen ihn erheben sich grundsätzliche Bedenken. Es ist zu fragen, ob im modernen Rechtsstaat für eine Ableitung des Widerstandsrechts aus der Volkssouveränität noch Raum sein kann, denn solange gesetzlich verankerte Rechtsschutz funktioniert, ist der Staatsbürger auf ihn verwiesen und hat unbestreitbar kein Recht zum Widerstand⁴⁾. Er muß also von seinen Freiheitsrechten aktiven Gebrauch machen oder durch sein aktives und passives Wahlrecht auf

1) Vgl. Erdsiek, S. 192; Weinkauff, S. 13

2) W. Geiger, S. 97

3) W. Geiger, S. 99

4) Allg.M.; vgl. die Regelung in Art. 147 II Hess.Verf.

die Entwicklung des Staates Einfluß zu nehmen versuchen. Weiter ist problematisch, ob sich eine rein staatsrechtliche Ableitung des Widerstandsrechts nicht schon deshalb verbietet, weil das moderne Staatsrecht mit all seinen Instituten, dem Prinzip der Gewaltenteilung oder Gewaltenhemmung, der Kontrolle der Staatsorgane usw., seinerseits nur eine Weiterentwicklung und Verfeinerung des (urtümlicheren) Widerstandsrechts darstellt¹⁾, auf das zu rekurrieren aus staatsrechtlicher Sicht unsinnig ist. Tatsächlich ist ja das Widerstandsrecht im GG von Anfang an zumindest mittelbar angelegt durch die Garantie der Meinungs- und Pressefreiheit in Art. 5²⁾.

Die eigentliche Problematik des Widerstandsrechts beginnt jedoch erst dort, wo das positive Recht als ungerichtet erscheint, oder wo die Verfassungswirklichkeit nicht mit der geschriebenen Verfassung übereinstimmt³⁾.

Zur rechtlichen Behandlung dieser Fragen vermag der staatsrechtliche Lösungsversuch keinen Beitrag zu leisten. Nur wenn sie bei der wissenschaftlichen Untersuchung des Widerstandsrechts bewußt ausgeklammert werden, kann sein methodischer Standpunkt einer Kritik seitens der "wissenschaftlichen Methode" standhalten.

1) Vgl. Scholler, S. 20 ff, m.w.N.

2) Vgl. ebd. S. 28 ff; S. 38

3) So gewährte die Verfassung der DDR v. 7.10.49 (aufgehoben durch die Verfassung v. 6.4.68) dem Staatsbürger nicht nur in Art. 8 die Freizügigkeit, sondern auch in Art. 4 I ein Widerstandsrecht analog Art. 20 IV GG.

8.4 Mehrheitskonsens als Ableitungsgrund des Widerstandsrechts

Unter den Gründen, die zum wissenschaftlichen Wertrelativismus geführt haben, steht an erster Stelle die Einsicht, daß von einem Sein auf ein Sollen kein logischer Schluß gezogen werden kann¹⁾. Da das Widerstandsrecht immer der Verwirklichung von bestimmten Wertvorstellungen dient, ist, zumal diese Vorstellung in aller Regel ein Sollen beinhalten²⁾, die Begründung des Widerstandsrecht mit Mitteln der Logik schwierig. Da die "wissenschaftliche Methode" intersubjektiv transmissibles Wissen vermitteln will, kann die Frage nach einem analytischen Schluß auf einen Sollensatz nur durch den Nachweis einer faktischen Verknüpfung zwischen Sein und Sollen positiv beantwortet werden³⁾.

Eine solche faktische Verknüpfung könnte eine bei allen Rechtsbürgern feststellbare gleiche Überzeugung sein, die sie anweist, etwas zu tun oder zu lassen. Könnten wir eine solche - wie auch immer zustande gekommene - Überzeugung dingfest machen, so hätten wir ein invariantes menschliches Element, das Sein und Sollen menschlich verbindet, im Gegensatz zum nichtmenschlichen "Gang bzw. Zusammenhang der Geschichte" im Sinne Tsatsos⁴⁾. "Wir könnten dann den Schluß ziehen - einen streng analytischen Schluß -, daß eine Handlung, die alle Menschen unausweichlich für gut oder böse, gerecht oder ungerecht halten, in allen eine innere Unterstützung oder einen inneren Widerspruch finden wird, eben aus dem Grunde, weil sie für gut oder böse, gerecht oder ungerecht gehalten

1) Brecht, S. 441

2) Vgl. etwa Radbruch A, S. 174

3) Vgl. Th. Geiger, B S. 160

4) S. 163 ff

wird¹⁾. Möglicherweise wird die Wissenschaft mit ihren Mitteln nicht feststellen können, woher das faktische Verbindungsglied kommt, sie wird aber in der Lage sein festzustellen, das es da ist.

Letzteres bedeutet freilich nicht, daß Recht im Wege der Demoskopie zu ermitteln ist. Recht ergibt sich auch nicht aus einer simplen Addition von Einzelerkenntnissen. Vielmehr müssen wir uns um eine echte intersubjektive Synthese bemühen, "uns der anderen Erkennenden bedienen, die sich auch um dieselbe Erkenntnis mühen, aber von einem anderen Standpunkt aus und mit einer anderen Blickrichtung."²⁾ Mit anderen Worten, Mehrheitskonsens kann nicht ermittelt werden im Wege der einfachen Abstimmung, sondern durch das Begreifen, das Sich-zueigen-machen der fremden Anschauungen über den Gegenstand. Die Wissenschaft hat hierbei nicht etwa jenen einzelnen Rechtsbürger nach seinem Begriff von der Sache zu erforschen; dies wäre weder praktikabel noch sonstwie geboten. Vielmehr ist alle erdenkliche Mühe darauf zu verwenden, nicht so sehr viele, sondern von einander unabhängige Erkenntnisse in eins zu setzen, und zwar mit dem Ziel, intersubjektive Konvergenz zu erreichen³⁾. Zwar ist zuzugeben, daß dieses Konvergenzkriterium, wenn überhaupt, mit großer Mühe zu erreichen ist und daß auch dann noch der gewonnenen Erkenntnis ein Rest Subjektivität und damit Zweifelhafteigkeit anhaften muß. In vielen Fällen, gerade auch bei Fragen des Widerstandsrechts, kann aber das angeführte Verfahren durch einfache Feststellung der Evidenz ersetzt oder zumindest verkürzt werden. Typisches Beispiel hierfür sind etwa die Ereignisse des 20.6.44, oder, mit verkehrten Vorzeichen, der Zabernfall. In derartigen Fällen, in denen sich mühelos

1) Brecht, S. 449 f

2) Kaufmann Arthur, A.S. 61

3) Kaufmann Arthur, A.S. 60

feststellen läßt, daß die betreffende Handlung von einer überwältigenden Mehrzahl von Menschen einheitlich beurteilt wird, kann ohne weiteres geschlossen werden, daß ein entsprechender Sollenssatz existiert, der seine faktische Verknüpfung mit der Seinswelt durch die legitimierende, konsentierende Würdigung seitens der beurteilenden Menschen erfährt.

Im Anschluß an diese Erkenntnis ist versucht worden¹⁾, einen vorläufigen Kanon universaler Gerechtigkeitspostulate aufzustellen, die jedoch den "Wert" eines bestimmten Wertschemas nicht begründen können, sondern in Vorläufigkeit beschränkt bleiben müssen. Für das Problem des Widerstandsrechts bleibt also festzuhalten, daß das einzige ersichtliche faktische Verbindungsglied, mit dem ein Sollenssatz im Spannungsfeld zwischen Ordnung und Gerechtigkeit erschlossen werden könnte, der im Wege der intersubjektiven Konvergenz ermittelte Mehrheitskonsens ist. Andere, insbesondere universale oder auch auf die Jurisdiktionsgewalt eines Staates begrenzte Verbindungsglieder können nicht bewiesen werden. Da aber der Nachweis eines solchen "sonstigen" Verbindungsgliedes nicht gelingt, muß der vom Wert der "wissenschaftlichen Methode" überzeugte Jurist die an das faktische Verbindungsglied gestellten Anforderungen mindern und sich mit dem Nachweis einer bei der e v i d e n t e n M e h r z a h l der Rechtsbürger evident feststellbaren gleichen Beurteilung begnügen, die ein gemeinsames Wollen zu einem verbindlichen Sollen erklärt²⁾. Da Rechtsnormen nur für die unter der Jurisdiktionsgewalt eines bestimmten Staates gelten, kommen für diese Beurteilung auch nur die insofern praktisch angesprochenen Individuen in Betracht. Diese Überlegung führt zur Rechtferti-

1) Brecht, S. 477 ff

2) Das Wollen selbst gehört der Welt des Seienden an, vgl. Kelsen, S. 10

gung des Widerstandsrechts durch den Mehrheitskonsens der betroffenen Staatsbürger; wenn und soweit er vorhanden ist. Dies macht zugleich deutlich, daß der Schutz der individuellen Meinungsfreiheit wegen der Abhängigkeit der individuellen Meinungsbildung von der "öffentlichen Meinung" von grundlegender Bedeutung für die Ausübung des Widerstandsrechts ist¹⁾.

Wenn aus dem Sein auf ein Sollen nicht geschlossen werden kann, und wenn es kein einheitliches Wollen jedes einzelnen Staatsbürgers gibt, dann erscheint das Wollen der Mehrheit als überwiegendes faktisches Bindeglied zwischen Sein und Sollen zumindest nicht die schlechteste Ableitung für die sie betreffenden Rechts- und Sollenssätze. Freilich muß einstweilen dahinstehen, ob es sich um eine einfache oder um eine qualifizierte Mehrheit handeln muß, oder welche Bevölkerungsschicht bei welcher Frage mit welcher Mehrheit vertreten zu sein hat. Aus dem wissenschaftlichen Wertrelativismus folgt nämlich nicht, daß keine Werte existieren, aus ihm folgt nur, daß niemandem bestimmte Werte kraft wissenschaftlicher Autorität aufgezwungen werden können. Zwar kann die Wissenschaft nicht beweisen, daß eine Minderheit notwendig Unrecht hat, oder daß umgekehrt die Mehrheit immer recht hat²⁾; für den hier vorgeschlagenen Lösungsversuch spricht jedoch die wichtige politische Funktion der Mehrheit und die Ausweglosigkeit der juristischen Diskussion zur Begründung und Ausgestaltung des Widerstandsrechts. Unerörtert bleiben muß daher die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen aus der Einsicht zu ziehen sind, daß auch die Mehrheit irren kann³⁾. Für das westliche Demokratie-

1) Vgl. Stein, S. 119; Scholler, S. 28 ff

2) Vgl. A. Kaufmann Arthur, A.S. 60

3) Vgl. hierzu Stratenwerth, S. 26 f

verständnis ist jedenfalls entscheidend, daß die Macht der Majorität durch Grundrechtsverbürgungen für die Minorität begrenzt wird. Daß andererseits Widerstandshandlungen einer kleinen elitären Gruppe von breitem Konsens der Gesamtbevölkerung gestützt sein können, hat der Sturz der Diktatur in Portugal eindrucksvoll bewiesen.

Der hier vorgeschlagene Lösungsversuch stimmt überein mit dem Grundgedanken der Demokratie, deren größter Vorteil darin besteht, "daß sie weder eine relativistische noch irgendeine andere Weltanschauung voraussetzt, sondern den Anhängern der verschiedensten absoluten oder relativistischen Bekenntnisse eine Heimat bietet"¹⁾.

Den Inhalt der vom Widerstandsrecht geschützten Ordnung bildet die gesamte von der Mehrheit der Rechtsbürger anerkannte Rechtsordnung. Das bedeutet allerdings nicht, daß jede Veränderung dieser Ordnung zum Widerstand berechtigt. Die Voraussetzungen dieses Rechtes werden im folgenden zu untersuchen sein. Ausgangspunkt dieser Untersuchung bleibt aber das Telos des Widerstandsrechts, das sich aus seiner Verankerung im Mehrheitskonsens der Gesamtbevölkerung ergibt.

1) Brecht, S. 407

9. Tatbestandliche Konkretisierung des Widerstandsrechts im Art. 20 IV GG

Die hier versuchte Ableitung des Telos von Widerstandssituation und freiheitlich-demokratischer Grundordnung aus dem Konsens bedeutet nun freilich nicht, daß die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 20 IV, die reale Widerstandssituation nicht weiter konkretisiert werden könnten. Durch seine Kodifizierung in Art. 20 IV hat das Widerstandsrecht eine (angreifbare, aber gültige) Beziehung zu einem bestimmten Wertschema erhalten, gleichbedeutend mit den universalen Gerechtigkeitspostulaten Arnold Brechts¹⁾. In Bezug zu diesem Schema kann es nun weiter ausgelegt werden.

9.1 Die Widerstandslage

Die Widerstandslage wird bezeichnet als Versuch der "Beseitigung dieser Ordnung", womit auf Art. 20 I-III GG Bezug genommen wird²⁾. Das Widerstandsrecht ist also finalisiert im Hinblick auf die BRD als demokratischen sozialen Rechtsstaat; es soll dazu dienen, die Etablierung einer Gewalt- und Willkürherrschaft und die Durchsetzung einer Despotie gegenüber dem Recht zu verhindern.

Wann der Staat aufhört, ein Rechtsstaat zu sein, läßt sich nun selbstverständlich nicht eindeutig und "fallbezogen" nach Art strafrechtlicher Tatbestände festlegen. Mit Radbruch³⁾ wird man davon ausgehen können, daß ent-

1) S. 477

2) Benda, S. 144; Bertram, S. 52; Isensee, S. 14; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 23 zu Art. 20; v. Münch, Anm. 19 zu Art. 20

3) C, 106 ff

scheidend ist, wenn die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, die den Kern aller Rechtsstaatlichkeit ausmacht, geleugnet wird. Damit wird deutlich, daß Art. 20 IV nicht nur auf Abs. I-III Bezug nimmt, sondern auf all die Grundrechte, die Ausdruck der Idee vom demokratischen Rechtsstaat sind, wie z.B. die in Art. 1, 3, 5 GG niedergelegten¹⁾. Will man den Begriff der Gewalt- und Willkürherrschaft, der sich in der Realität sehr eindeutig und konsensfähig erfahren läßt (auch ohne Rekurs auf juristische Kategorien), zerlegen in dem Sinne, daß man bestimmte Verfassungsgrundsätze benennt, deren Beseitigung den Widerstandsfall eintreten lassen soll, so treten unüberwindliche Schwierigkeiten auf, weil derart starr-formaljuristisches Verhalten dem Gegenstand inadäquat ist. Eine Tyrannei ist aus ihrem Gesamtbild oder aus dem verräterischen Detail zu erkennen, aber nicht an bestimmten Verstößen gegen bestimmte Normen, so sehr jene auch als Indizien gelten mögen. So war z.B. die Schweiz in der Zeit von 1933 bis 1945 weit eher ein Rechtsstaat als das Deutsche Reich während des gleichen Zeitraums, obwohl sie den Frauen das Wahlrecht verweigerte und so gegen den Gleichheitssatz verstieß. Und schließlich führt das GG doch eben nur recht allgemein aus, was die Grenze des demokratischen Rechtsstaates bildet.

Es ist versucht worden²⁾, zur Bestimmung dessen, was zur verfassungsmäßigen Ordnung iSv Art. 20 IV GG gehört, § 92 StGB heranzuziehen. Daran ist zutreffend, daß die in dieser Vorschrift aufgezählten Grundsätze zu den fundamentalen Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats gehören, wie Unabhängigkeit der Gerichte, Ablösbarkeit der Regierung usw. Aber auch § 92 StGB nimmt in Abs. II 6

1) Vgl. Kaufmann, Arthur, E, S.331, der das Widerstandsrecht seinerseits aus Art. 1 GG ableitet

2) Bertram S. 53

Rekurs auf den "Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft", mithin dreht sich diese Argumentation im Kreis. Ohnedies hängen die genannten Verfassungsgrundsätze alle miteinander zusammen in dem Sinne, daß die Verletzung nur eines dieser Grundsätze schwer denkbar ist; daß vielmehr die Beseitigung des einen in aller Regel zugleich die Beseitigung der anderen bedeutet. Wenn nämlich das Volk die Staatsgewalt nicht mehr in Wahlen und Abstimmungen ausüben kann und somit die Volksvertretung nicht mehr frei gewählt werden kann (§ 92 II 1 StGB), so ist gleichzeitig auch die Ausübung einer parlamentarischen Opposition nicht mehr gewährleistet (§ 92 II 3). Die Abstrakta 'freie Wahlen' oder 'unabhängige Gerichte' dürfen nicht isoliert gesehen werden; vielmehr ist der konkrete tagespolitische Bezug zu beachten. Auch dem Umstürzler geht es ja um eine konkrete Situation und nicht um verfassungsjuristische Grundsätze; Umstürzler sind keine Staatsrechtswissenschaftler, obwohl sie zuweilen Staatsrecht schaffen. Die Demokratie als Prinzip wird kaum je bekämpft, manch totalitäres Regime nennt sich nach ihr, wohl aber werden ihre notwendigen Verfahrensweisen bekämpft, d.h. die Gefährdung der Demokratie beginnt nicht bei den hehren Grundsätzen, sondern im Detail, beim Verfahren.

Daraus ergibt sich zugleich, daß zu formale Betrachtung zur Überschätzung des Schutzbereichs von Art. 20 IV GG führt; die Demokratie steht und fällt nicht mit den Besonderheiten des Wahlrechts, Art. 38 GG ist abänderbar; es kommt vielmehr darauf an, daß die Funktion der Wahl als Medium der Willensbildung des Volkes erhalten bleibt, im Gegensatz zu Akklamationswahlen totalitärer Prägung.¹⁾ Diese Funktion aber wäre z.B. gefährdet, wenn das Verfahren derart umgestaltet würde, daß das Merkmal der geheimen Wahl nicht mehr gewährleistet wäre. Andererseits könn-

1) Isensee, S. 16

ten ohne Verfassungsverstoß und Widerstandswert mittelbare Wahlen eingeführt werden¹⁾, wie dies schon jetzt für die Wahl des Bundespräsidenten der Fall ist, Art. 54 I GG, wenn diese Wahlen, wie die Präsidentschaftswahlen in den USA, die o.a. Funktion 'echter' Wahlen behalten.

Die von Art. 20 in Bezug genommenen Grundsätze sind höchst formal und die genannten sachlichen Grundlagen des Rechts halten sich auf zu hoher Abstraktionsstufe, um den "Eintritt des Widerstandsfall" für jede denkbare Situation zweifelsfrei angeben zu können. Erst wenn die konkrete Legalordnung zur Perversion des Rechts führt²⁾, wenn aus dem Staat der Staatsbürger der Staat eines Einzelnen oder einer Clique wird, ist der Rahmen gesprengt. Eindeutige formale Anhalte hierfür lassen sich nicht geben. Das heißt zugleich, daß der Einzelne schon vorher über den Bestand seiner staatsbürgerlichen Rechte wachen sollte.

Die Grenzen zwischen Rechtsstaat und Unrechtsstaat sind nun einmal fließend; es gibt keinen Staat, der der Gefahr der Perversion zum Unrechtsstaat entrückt wäre. Die Problematik der Widerstandslage sollte nicht primär angesehen werden als eine Frage der juristischen Sanktion ex post, sondern als eine der staatsbürgerlichen Vernunft und Wachsamkeit ex ante. "Widerstand ist eine Frage des Terminkalenders, nicht des Heroismus."³⁾

Nun ist Art. 20 IV GG im Zusammenhang mit der Notstandsverfassung normiert worden, In diesem Zusammenhang ist auch besonders die Widerstandslage zu betrachten,

1) Vgl. hierzu Maunz-Dürig-Herzog VIII 10b zu Art. 2

2) Kaufmann Arthur, G, S. 335

3) Erich Kästner, zit. nach Kaufmann Arthur, D, Einl., S. XIV

d.h. das Problem, ab wann die "Tatbestands"-voraussetzungen für Widerstand vorliegen. Die Notstandsverfassung erlaubt nämlich im Fall des "inneren Notstandes" (Spannungsfall) sehr weitgehende Eingriffe in das rechtsstaatliche Gefüge der BRD¹⁾. So kann, wenn der Bundestag mit der nötigen qualifizierten Mehrheit gem. Art. 80 a I GG den Eintritt des Spannungsfalles "beschlossen" hat, gem. Art. 87a III, IV die Bundeswehr zum Schutz ziviler Objekte eingesetzt werden²⁾. Welche immensen Risiken mit einer derartigen Regelung für den Rechtsstaat verbunden sind liegt auf der Hand; was ist nicht alles ein ziviles Objekt!

Evers³⁾ nennt, "da in der BRD nicht allein auf Anstand und Vernunft vertraut werden kann", folgende typische Gefahren: 1. Inanspruchnahme der außerordentlichen Befugnisse, ohne daß die Voraussetzungen des Notstandes vorliegen, 2. Festhalten an besagten Befugnissen nach Normalisierung der Lage, 3. Maßlosigkeit und Gewissenlosigkeit bei Wahrnehmung dieser Befugnisse, 4. Verdrängung oder Flucht aus der ihm obliegenden Verantwortung, 5. Einwirkung der Notstandsverfassung durch ihre bloße Existenz auf das Verfassungsleben in der Normallage⁴⁾.

Praktisch gesprochen: würde sich heute im Spannungsfall ein Teil der Exekutive zum Diktator á la Kapp usw. aufschwingen wollen, so hätte ein von verfassungstreuen Mitgliedern der Regierung ausgerufenen Generalstreik wesentlich weniger Erfolgsaussichten als der von 1920, da

1) Im Detail bei Benda

2) Ule, S. 865 ff

3) S. 4

4) Als 1. Indiz hierfür mag die vom seinerzeitigen Bundeskanzler Kiesinger getane Äußerung angesehen werden, die Studentenbewegung stelle eine bürgerkriegsähnliche Situation dar, der es zu begegnen gelte, "SZ" v. 20.6.69

die Putschisten zumindest die allernotwendigste Versorgung der Bevölkerung durch Einsatz der ca. 500 000 Mann starken Bundeswehr aufrechterhalten könnten; zum Schutz ziviler Objekte gem. Art. 87a III GG.

Die Regelung der Notstandsverfassung läßt potentielle Putschisten geradezu ein zu einem Vorgehen nach dem Muster des Jahres 1933: Durch provozierte spektakuläre Ereignisse wird der Eindruck erweckt, der Spannungsfall läge vor (Reichstagsbrand), und das Parlament, dupliert oder vergewaltigt, geht darauf ein (Ermächtigungsgesetz). Wie bei den Staatsnothilfefällen ist derjenige, der nach Kompetenzen verlangt, den Staat zu schützen, in Wirklichkeit dessen ärgster Feind. Zwar ist richtig, daß die Verhältnisse in der BRD z.Zt. grundlegend andere sind, als die in der Weimarer Republik, aber die Notstandsgesetze sind ja eben gerade für den Notstandsfall geschaffen, also für Zeiten, in denen es in der BRD ebenso instabil und turbulent zugeht wie weiland. Sich für solche Zeiten allein auf "Anstand und Vernunft"¹⁾ der Verantwortlichen zu verlassen, ist zu riskant²⁾. Daher muß gerade in diesem Bereich das Widerstandsrecht eingreifen, ausgeübt vom einzelnen Staatsbürger wie von den (noch) zuständigen Funktionsträgern. Verstünde sich dies nicht von selbst, so ergäbe es sich doch jedenfalls aus der Entstehungsgeschichte des Widerstandsrechts, das ja als Ergänzung und äußerstes Hilfsmittel gegen einen Mißbrauch der Notstandsgesetze konzipiert worden ist.

Die Effektivität von Widerstandsmaßnahmen erscheint in diesem Fall allerdings fraglich. Die Notstandsverfassung ermöglicht im Spannungsfall z.B. den Erlaß von Rechtsverordnungen nach dem Wirtschaftssicherstellungsg³⁾.

1) Evers, S. 4

2) Kaufmann, Arthur, D, Einl. S. XIII

3) v.24.8.65, BGBl I S. 920; zuletzt geändert durch § 287 EGStGB v.2.3.74, BGBl I S. 469

Nach diesem Gesetz können Vorschriften erlassen werden über die Gewinnung, Herstellung, Be- und Verarbeitung, Lieferung, Bezug, Verwendung von Waren der gewerblichen Wirtschaft, von Erzeugnissen der Ernährungs-, Land- und Forstwirtschaft, über Erzeugung, Weiterleitung, Zuteilung, Bezug und Verwendung elektrischer Energie, über die Herstellung, Verbringung und Verwendung von Produktionsmitteln der gewerblichen Wirtschaft, über die Vornahme von Bank- und Börsengeschäften durch Kreditinstitute und Wertpapierbörsen und über die vorübergehende Schließung dieser Institute (§ 1 WiSG). Ist der Eintritt des Spannungsfalls festgestellt, so ist zudem der Rechtsschutz der Betroffenen auf ein Minimum reduziert: Nach § 12 WiSG sind Berufung und Beschwerde gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen ausgeschlossen, wenn es im Prozeß um Maßnahmen nach diesem Gesetz geht. Andererseits ist der vorsätzliche Verstoß gegen eine derartige Verordnung gem. §§ 1 VI, 2, 4 WiStG¹⁾ mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bis zu 100 000 DM bedroht.

Im Spannungsfall kann sich die Exekutive (Bundesregierung: Wirtschafts- oder Finanzminister) also der Wirtschaft zur Gänze bemächtigen, weshalb zweifelhaft erscheint, ob angesichts dieser Eingriffsmöglichkeiten des Staates ein Generalstreik wie anno 1920 überhaupt noch eine Chance hätte; selbst die Auszahlung von Streikgeldern durch gewerkschaftseigene Banken könnte ja gem. § 1 II WiSG gestoppt werden. Wird daher die Notstandsverfassung im o.a. Sinne mißbraucht, (Befugnisse werden grundlos in Anspruch genommen oder nach Normalisierung beibehalten) so setzt das Widerstandsrecht des Einzelnen folglich schon relativ bald ein, da schon relativ bald keine andere Abhilfe mehr möglich sein wird. Wie die Erfahrungen der Jahre nach den Ermächtigungsgesetzen zeigten, ge-

1) v. 9.7.54, BGBl I S. 175, zuletzt geändert 9.11.73, BGBl I S. 1585

hen solcherart etablierte Machthaber alsbald daran, alle Institutionen zu zerschlagen, die in irgendeiner Weise Widerstand organisieren können, wie Parteien, Gewerkschaften usw., so daß der Einzelne bald auf sich allein gestellt und organisierter Widerstand nur noch im Untergrund möglich ist. Das ist dann die Stunde des Widerstandes des Einzelnen für einen Staat, der eigentlich nur noch im Bewußtsein einer unbestimmten Zahl seiner Bürger existiert. Ob Art. 20 IV GG die vom Gesetzgeber in ihn gesetzten Hoffnungen, einem möglichen Mißbrauch der Notstandsverfassung zu wehren¹⁾ erfüllen wird, bleibt zweifelhaft.

9.2 Subjekt des Rechts aus Art. 20 IV GG

Subjekt des Widerstandsrechts können nach dem Wortlaut des Gesetzes alle Deutschen sein. Das bedeutet in negativer Abgrenzung: Art. 20 IV kodifiziert kein allen zustehendes Menschenrecht. Auch die Grundrechte der Freizügigkeit und der Berufsfreiheit (Art. 11, 12 GG) stehen nur Deutschen zu. Der Ausschluß für Nichtdeutsche bei Art. 20 IV hat aber einen anderen Sinn. Bei Art. 11, 12 geben sicherheitsrechtliche und wirtschaftspolitische Belange den Ausschlag. Hingegen steht bei Art. 20 IV das von der Menschenwürde geforderte Freiheitsminimum auf dem Spiel.

Der Staat des GG ist eine repräsentative Demokratie. Wird er durch einen Angriff i.S.v. Art. 20 IV handlungsunfähig oder zu einem Unrechtsstaat umfunktioniert, fällt die Aufgabe, den Staat zu verteidigen, auf die Repräsentierten zurück. Das Widerstandsrecht steht dem Einzelnen

1) Vgl. bei Klein, S. 866

also nicht als Privatmann, sondern als homo politicus aufgrund seiner sozialen Verbundenheit zu¹⁾. So dürfte auch Krüger zu verstehen sein, der die Befugnis zum Widerstand nur zivilisierten Trägern von Rechten zu erkennt.²⁾ Wird "Zivilisiertheit" wörtlich verstanden, bedeutet sie nichts weiter als die Eingebundenheit des Einzelnen als Staatsbürger und Rechtssubjekt. Krüger³⁾ spricht insofern von konstitutionalisiertem Widerstand.

Die individualrechtliche Fassung des Widerstandsrechts ist eine Konsequenz der egalitär-individualistischen Demokratie, die bei der Verteilung der Herrschaftsfunktionen nur die Alternative zwischen Staatsorganen und Individuen kennt⁴⁾. Die Ausübung des Widerstandsrechts böte zwar theoretisch eine gewisse Gewähr höherer Sachkenntnis, sorgfältiger Abwägung, größerer Berechenbarkeit und höherer Effizienz; aber gerade die Institutionen, die den wirksamsten Widerstand leisten könnten, dürften die Usurpatoren in aller Regel zuerst in ihre Hand gebracht haben, bevor es zum Widerstand kommen konnte. Außerdem droht die Gefahr, daß insofern privilegierte Institutionen ihr Widerstandsrecht im Dienst ihrer Sonderinteressen auf Kosten des Gemeinwohls und der legitimen Individualinteressen mißbrauchen.

Die individualistische Konzeption des GG schließt aber nur eine originäre Grundrechtszuständigkeit, vor allem Privilegien und Monopole der Institutionen aus, nicht jedoch die Möglichkeit, daß die Einzelnen ihr Grundrecht über die Kollektivinstitutionen ausüben⁵⁾, sei es in ad-hoc-Zusammenschlüssen zum Zweck des Widerstandes, sei es

1) Vgl. Isensee, S. 45

2) S. 201 f

3) S. 202; vgl. auch Scholler, S. 20

4) Isensee, S. 46

5) Abendroth, S. 316

über das Medium der vorhandenen Vereinigungen; gleichviel, welche Rechtsform und Zielsetzung sie haben mögen. Der Einsatz gesellschaftlicher Macht, wie sie in den Verbänden organisiert ist, wird oft das einzige Mittel sein, um den Widerstand überhaupt wirksam zu machen, wenn der einzelne Staatsbürger ohnmächtig dem Unrechtsregime ausgeliefert ist¹⁾. Insbesondere Kirchen, Parteien und Tarifpartner können ihre moralische, politische und wirtschaftliche Autorität in die Waagschale werfen und ihren Öffentlichkeitsanspruch zur Rettung der Staatsform geltend machen. Eine normative Vorrangstellung, insbesondere eine allgemeinverbindliche Entscheidungsgewalt über das Vorliegen des Widerstandsfalles oder über den Einsatz der Widerstandsmittel kommt den Verbänden allerdings nicht zu²⁾. Gemäß dem Rechtsgedanken des Art. 19 III GG leiten die Verbände ihre Rechte von den hinter ihnen stehenden Individuen ab, denen sie als Medien dienen³⁾.

Es erscheint fraglich, ob insoweit das Widerstandsrecht staatlichen Institutionen zusteht⁴⁾. Das grundsätzliche Argument, der Staat sei nach der Schutzrichtung der Grundrechte ihr Gegner und nicht ihr Träger, greift hier nicht durch, da Art. 20 IV insofern atypisch ist⁵⁾. Und es ist auch eine Situation denkbar, in der ein Widerstandsrecht staatlicher Organe postulierbar erschiene: wenn die Machtübernahme durch die Usurpatoren noch nicht vollständig ist, d.h. wenn einzelne Behörden und Organe noch "grundgesetztreu" sind. Leistet ein solches Organ in diesem Fall aktiven Widerstand im Rahmen seiner Befug-

1) In der kath. Moraltheologie wird sogar gefordert, daß der Widerstand kollektiv organisiert sein müsse, um einen langen Bürgerkrieg zu vermeiden, vgl. Messmer, S. 800

2) Isensee, S. 48

3) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, zu 19 III Rdnr. 1,3,7

4) Verneinend Scholler, S. 36; Wertenbruch, S. 323

5) Isensee, aaO

nisse und Zuständigkeiten (z.B. eine Polizeieinheit nimmt den Anführer der Gegner fest), so handelt sie ex officio und bedarf keiner Rechtfertigung durch Art. 20 IV. Erfolgt der Widerstand ohne grundsätzliche Befugnis (nicht eine Polizeieinheit, sondern das Personal etwa des Bundeskanzleramts überwältigt den neuen Machthaber), so liegt gar kein Widerstand der Behörde vor, sondern Widerstand der betreffenden Behördenbediensteten, die sich jeweils einzeln auf Art. 20 IV berufen können.

Dies beweist sich einmal daraus, daß es primär nicht die Behörde von ihrer Aufgabenstellung her ist, die den Widerstandsakt herbei- und ausführt, sondern der gemeinsame Entschluß ihrer Bediensteten. Zum zweiten kann eine Parallele aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht herangezogen werden: ebenso wie der Verwaltungsakt einer Behörde bei grober Zuständigkeitsverletzung nicht nur anfechtbar, sondern nichtig ist¹⁾, und mithin einem Nichtakt gleichzusetzen und unbeachtlich ist, so ist die o.a. Behörde nur insoweit Behörde, als sie als zuständige Behörde (als Bundeskanzleramt, Finanzamt, usw.) handelt. Wird die Zuständigkeit derart gröblich verletzt, so liegt in Wirklichkeit gar kein Akt der betreffenden Behörde vor: zumal es ja auch an jedem Anschein fehlen dürfte, daß hier ein ordnungsgemäßer Verwaltungsakt erginge. Die Frage, ob und inwieweit den staatlichen Organen ein Widerstandsrecht zusteht, bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

Zu untersuchen bleibt, wer als "Deutscher" i.S.v. Art. 20 IV anzusehen ist; beziehungsweise, wie Schneider formuliert²⁾: "Dürfen geschulte Kaderangehörige und stramme Propagandisten aus Karl-Marx-Stadt unserer freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu Hilfe eilen?" oder

1) § 43 VerwVerfG

2) S. 15 ff

"schafft somit Art. 20 IV einen Interventionstitel für 'spontan' gebildete Volksmilizen der DDR, damit diese zur Abwehr faschistischer Bestrebungen in das Leben der BRD gewaltsam eingreifen können?"¹⁾

Angesichts der eindeutigen Fassung von Art. 20 IV iVm Art. 116 GG kann man die Geltung des Widerstandsrechts für Bewohner der DDR nur dann verneinen, wenn man, wie Schneider²⁾, aus dem Staatsangehörigkeitsrecht der DDR, insbesondere dem Gesetz über die Staatsbürgerschaft³⁾, heraus argumentiert: da es Bürgern der DDR hiernach verwehrt sei, Rechte und Pflichten aus anderen Staatsbürgerschaften geltend zu machen, hätten sie auch kein Recht aus Art. 20 IV GG.

Dieser Versuch, den Inhalt des GG unter Zuhilfenahme von Gesetzen der DDR zu bestimmen, dürfte bisher einmalig sein. Logische Konsequenz dieser Argumentation wäre, etwa den Inhalt von Art. 11 GG nach dem Recht der DDR zu bestimmen, mit der Folge, daß Mauer und Todesstreifen dem GG entsprächen. Wäre diese Auffassung richtig, so würde dies bedeuten, daß Bewohner der DDR auch in der BRD nicht in den Genuß der Rechte aus Art. 8,9,11 GG kommen könnten, was aber nach einhelliger Lehre⁴⁾ sehr wohl der Fall ist. Schneiders Argumentation ist daher abzulehnen.

Isensee⁵⁾ argumentiert mit dem Begriff einer "Teilstaatsbürgerschaft", die sich überall dort herausbilde, wo einzelne politische Rechte und Pflichten auf dem Spiel stehen, die weder in dem "allenfalls als Idee fortexistie-

1) Isensee, S. 50

2) S. 15 ff

3) v. 20.2.67; GBl. S. 3

4) Vgl. z.B. Bonner Komm., Anm.1 zu Art.8; 1 zu 9; 1 zu 11

5) S. 51 ff

renden Deutschen Reich, noch in dem Postulat eines wiedervereinigten Deutschland" ihre Rechtsgrundlage finden, sondern in dem realen Staatsverband der BRD. Das gälte vor allem für das Wahlrecht und die Wehrpflicht.

Konsequenz dieser Auffassung wäre, daß das Widerstandsrecht nur Wahlberechtigten, also mindestens 18-Jährigen zustünde, und wegen § 1 WehrpflG nur Männern. Auch den Bewohnern Westberlins bliebe das Widerstandsrecht versagt, hielte nicht Art. 23 III Berl.Verf. für sie ein eigenes Widerstandsrecht bereit.

Auch das Postulat, Träger des Widerstandsrechts könne nur sein, wer "aktiv und passiv als Bürger und Untertan im Staatsverband der BRD steht"¹⁾ vermag nicht zu überzeugen. Zunächst wendet sich Art. 20 IV GG ja gerade eben nicht an einen Untertan, sondern an einen mündigen Bürger, wenngleich nicht verkannt werden soll, daß der Widerstand gegen die Obrigkeit in Deutschland oft recht untätig ausfiel²⁾. Zuzugeben ist, daß für das Widerstandsrecht eine aktive Verknüpfung und Beteiligung zu dem Staatsverband der BRD erforderlich ist. Diese beweist sich aber eben gerade durch das Widerstandleisten (wenn die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen), durch das aktive Eintreten für die freiheitlich-demokratische Grundordnung und nicht anhand von Merkmalen wie Wohnort, Wehr- oder Einkommenssteuerpflicht. Die Befürchtungen gegenüber einer Ausübung des Widerstandsrechts durch Bewohner der DDR sind grundlos; hier treffen ja die "Tatbestandsvoraussetzungen" von Art. 20 IV eine Vorentscheidung; außerdem handelt es sich um ein rein konservatorisches Recht (s.u.).

Mithin gilt Art. 20 IV für alle Deutschen i.S.v.Art.116; eine andere Auffassung findet im Gesetz keinen Anhalt³⁾.

1) S. 51 ff

2) Kaufmann Arthur, D, Einl. S. XIII

3) So auch Bertram S. 50; v.Peter S. 721

9.3 Exkurs: Erfolg als Tatbestandsvoraussetzung?

Die wichtigste Voraussetzung im sprachlichen Sinne für das Widerstandsrecht ist eine ungeschriebene, die aber empirisch nachprüfbar ist: es ist der Erfolg¹⁾. Dies klingt zynisch, ist es aber nicht, solange man die Konsequenzen auf das rein sprachliche beschränkt, da es auch nur Resultat der zahlreichen offiziellen Sprachregelungen ist²⁾.

Der aktive Widerstand gegen die Beseitigung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung muß Erfolg haben, wenn er als Widerstand auch nur bezeichnet werden soll; von der Bewertung ganz zu schweigen. Ebenso, wie die Revolte, der Versuch der Staatsumwälzung von Erfolg begleitet sein muß, um staatsrechtlich und völkerrechtlich von Bedeutung zu sein³⁾, muß auch das Widerstandleisten gegen einen derartigen Versuch von Erfolg begleitet sein, um von der öffentlichen Terminologie her überhaupt Widerstand zu heißen. Es ist dies ein Phänomen gesellschaftlicher Art, das gleichzeitig bewirkt, daß sich der Beurteilung der einzelnen, konkreten Tathandlung, je nach Erfolg oder Mißerfolg, in eine strafrechtliche oder in eine staatsrechtliche verkehrt. Die Tat, die bei Erfolglosigkeit möglicherweise nach § 113 StGB zu beurteilen wäre, ist bei Erfolg der strafrechtlichen Beurteilung von vornherein entzogen; ja, sie kann die Bedeutung eines staatsrechtlich konstituierenden Aktes erhalten, ähnlich wie bei der Revolution. "Alle Theoretiker, ob einen revolutionären Vorgang ablehnen oder nicht, werden

1) Vgl. aber Ermacora, S. 348, 1143 ff, der umgekehrt aus der Untersuchung der Revolution zur Perspektive der Effektivität des Widerstandsrechts kommt; ähnlich Isensee S. 77

2) Vgl. Schneider S. 18

3) Jellinek, S. 272

sich schließlich der Effektivität einer neuen Ordnung, gleichviel ob legitim oder illegitim, unterwerfen müssen ... - es sei denn, sie trügen das Gedankengut zur Negation der Negation in sich, oder sie würden sich auf das Widerstandsrecht berufen."¹⁾ Diese Bemerkung macht deutlich, daß Revolution und Widerstand einander prinzipiell gleichartig sind; sie stehen nur in ihrer Zielrichtung in einem actus-contrarius-Verhältnis zueinander. Umsturz, Revolution, Putsch sind gegen die jeweilige Staatsform, in unserem Fall also gegen den Staat des GG gerichtet; der Widerstand i.S.v. Art. 20 IV GG beseitigt den Umsturz mit seinen (möglichen) Folgen und stellt die freiheitlich-demokratische Grundordnung wieder her, ist also insofern die Negation der Negation²⁾. Gleichzeitig stehen sie aber gemeinsam in einem Alternativverhältnis zur Straftat, wobei der eine und einzige reale Faktor, der bewirkt, daß entweder von Widerstand (résistance) oder Straftat (Terrorismus, Sabotage) gesprochen wird, der Erfolg ist. Nur weil das Deutsche Reich den Zweiten Weltkrieg verlor und das Régime Pétain unterging, wird die französische résistance als solche bezeichnet. Nur weil dem Kapp-Putsch der Erfolg versagt blieb (das RG stellt in seiner Entscheidung RGSt 56,259,266 ausdrücklich darauf ab, daß es Kapp und Genossen nicht gelungen sei, die Staatsgewalt tatsächlich an sich zu reißen³⁾), wird er als Putsch bezeichnet und strafrechtlicher Wertung unterzogen.

Dies zeigt zugleich einmal mehr, wie verschleiernnd in diesem Zusammenhang das Wort Staatsnothilfe gewirkt hat, da es auf Taten angewendet wurde, die eindeutig für eine

1) Ermacora S. 1143

2) Ermacora aaO., Bertram S. 44

3) Es erscheint zynisch, aber nicht ganz unzutreffend zu sagen, die Putschisten seien weniger wegen ihres Unternehmens, als wegen seiner Erfolglosigkeit bestraft worden.

bestimmte Staatsform und gegen eine andere getan wurden. Diese klare Alternativität, die diesen ganzen Bereich beherrscht, und in den Begriffspaaren Erfolg/Mißerfolg bzw. Widerstand/Straftat zum Ausdruck kommt, wird durch das Wort Staatsnothilfe verdeckt.

Als Argument für die Richtigkeit der These, Erfolg sei in einem nicht nur sprachlichen Sinn des Wortes Tatbestandsvoraussetzung des Widerstandes, könnte angeführt werden, daß, wenn der Widerstand fehlschläge und die freiheitlich-demokratische Grundordnung beseitigt bleibe, der (zumindest, was die Staatsgewalt angeht) neue Staat die Widerstandshandlung nach eigenem, etwa autoritärem Recht beurteilen werde, das kein Widerstandsrecht kennt: m.a.W., mit dem endgültigen Obsiegen der Usurpatoren sei das GG und damit das Recht des Art. 20 IV faktisch oder durch ausdrücklichen Akt der neuen Machthaber außer Kraft gesetzt. Mithin sei Erfolg erste Voraussetzung des Widerstandes, wenn er aus Art. 20 IV GG legitimiert werden solle.

Eine derartige Argumentation wäre aber nicht nur formaljuristisch, sondern auch unrealistisch. Die Erfahrung lehrt, daß bei Staatsumwälzungen die neuen Machthaber in aller Regel anderes zu tun haben, als das überkommene Rechtssystem zu zerschlagen¹⁾ und ein originär eigenes an seine Stelle zu setzen. Über das erst neu zu setzende Recht können noch keine detaillierten Vorstellungen bestehen, während das überkommene Recht zum größeren Teil politisch wertfrei und einstweilen ja noch praktikabel ist²⁾. Die Eigengesetzlichkeit positiven Rechtes führt

1) Auch die ursprünglichen Ambitionen der Rechtspolitiker des 3. Reichs, ein "deutsches" Privatrecht zu schaffen (vgl. Freisler, S. 14) sind schließlich versandet.

2) Vgl. z.B. Art. 34 Verf. der Arab. Lybischen Republik v.11.12.69: "Alle Gesetze und anderen gesetzgeberischen Akte, die den Bestimmungen der Verfassungsproklamation

dazu, daß die nach logischer Beurteilung der Verhältnisse untergegangenen Normen weiterhin angewendet werden, daß die neue Autorität durch ausdrückliche oder stillschweigende Handlung den Weiterbestand des materiellen Rechts einer früheren Rechtsordnung verfügt oder duldet¹⁾. Die hergebrachten Normen bleiben in "vorläufiger Geltung", und ebensowenig, wie durch Hitler die WV formell aufgehoben wurde, würde ein neuer Usurpator als erste Amtshandlung das GG aufheben.

Hierdurch entstehen nun Unsicherheitsfaktoren, da die neuen Machthaber ja gegen mindestens eine Norm der alten Ordnung verstoßen haben müssen, als sie sie stürzten, und fraglich ist, welche Normen noch gelten. Diese Unklarheiten auszuräumen, bestehen 2 Möglichkeiten.

Man kann bestimmte, mit etwa dem "neuen Geist" o.ä. nicht vereinbare Normen, also insbesondere jene, die den Schutz des alten Staates bezweckten, als durch den erfolgreichen Staatsstreich als außer Kraft gesetzt betrachten. Die wesentlich elegantere Lösung ist aber, die früheren Regierungsorgane des Verstoßes gegen den "Geist" o.ä. der alten Rechtsordnung zu bezichtigen, und sich selbst als Retter der Verfassung usw. auszuspielen. So geschehen in Chile im Jahre 1973²⁾. Von hier zum Wort Staatsnothilfe ist es nicht einmal mehr ein Schritt, aber die erfolglose Widerstandshandlung wird zum Terrorakt, ohne daß das Widerstandsrecht aufgehoben werden müßte. Der Staat der neuen Machthaber wird sich also in aller Regel, um den Anschein einer legitimistischen Kontinuität zu

nicht widersprechen, bleiben weiterhin in Kraft.
An die Stelle einer Bezugnahme auf den König ...
tritt die Kompetenz des Revolutionsrates"

1) Ermacora S. 1146; vgl. auch BVerfGE 2,257 zur Weitergeltung der WV nach dem 8.5.45; st.Rspr.

2) "Die Zeit" vom 3.11.73

wahren, hüten, die Verfasser mitsamt dem Widerstandsrecht aufzuheben, auch, wenn er sie in der Praxis anders auslegt oder mit "neuem Geist" erfüllt. Das obige Argument greift also nicht durch.

Die These, Erfolg sei Voraussetzung dafür, daß es sich der Sprachregelung folgend um Widerstand handelt, folgt einzig aus der Empirie eben dieser Sprachregelung, nicht aus der logischen oder juristischen Struktur des Widerstandsrechts.

Allerdings ist der Erfolg bzw. die gewisse "Erfolgsaussicht" Grundlage einer höchst umstrittenen Rechtsprechung des BGH geworden¹⁾. Diese Rechtsprechung samt der an ihr entzündeten Diskussion kann für diese Arbeit nur begrenzt herangezogen werden, da Erfolg im obigen Sinn nicht in Frage stand; es ging um Entschädigung nach dem BEG für während des 3. Reiches erlittenes Unrecht, und hierbei um die Frage, ob auch aussichtslose, einzelgängerische Widerstandshandlungen zu einer Entschädigungspflicht führen können.

Gleichwohl verdient die Frage hier Beachtung, denn hinter dem vom BGH so bezeichneten Kriterium des Erfolgs der Widerstandshandlung verbirgt sich die sehr bedeutsame Frage nach den Folgen der Widerstandshandlung. Mit anderen Worten, es geht um das Prinzip des *primo nil nocere*, um den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dies wurde vom BGH verkannt, der in seiner Rechtsprechung²⁾ forderte, die einzelne Widerstandshandlung müsse den Keim des Erfolges in sich tragen, wofür im Text des BEG keine Stütze zu finden war. Dies Erfordernis (durchaus berechtigt, wenn

1) BGH NJW 62,196; RzW 57,228; Kritik von Arndt S. 43 mwN; Rspr. aufgeb. RzW 68,304,66,410

2) NJW 62,196; RzW 57,228

es um die Rechtfertigung einer Erhebung geht, die in das gesamte gesellschaftliche und politische Leben eingreift), ist völlig deplaciert, wenn es um die Rechtfertigung von Akten individuellen Widerstandes geht, die nur dem schaden können, der sie begeht. Anderes wird allerdings zu gelten haben, wenn Unschuldige in Gefahr gebracht werden¹⁾, oder, wenn mit unzureichenden Mitteln unternommene, von allem Anfang an aussichtslose Widerstandsaktionen dazu führen, daß die Bevölkerung in nur tiefere Unfreiheit geworfen wird²⁾. Wer mehr als sich selbst auf's Spiel setzt, wer nicht nur einem russischen Kriegsgefangenen Zigaretten schenkt³⁾, sondern Unbeteiligte der Gefahr von Repressalien durch die Machthaber aussetzt, muß gehalten sein, die Folgen seines Tuns sorgfältigst abzuwägen⁴⁾. Dies ergibt sich aber nicht aus einem dem Widerstandsrecht immanenten Erfolgsgrundsatz, sondern aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Übermaßverbot⁵⁾.

9.4 Subsidiarität

Das GG erlaubt das Widerstandsrecht nur, "wenn andere Abhilfe nicht möglich ist", mit anderen Worten, das Widerstandsrecht ist subsidiär. Es bildet die ausdrückliche Ausnahme zum grundgesetzlich vorausgesetzten Normalzustand. Dies würde im Übrigen, wäre es nicht bereits so normiert, aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III folgen. Primär sind es eben die Staatsorgane, die gegen die Verfassungsfeinde vorzugehen haben. Bertram⁶⁾ bezeichnet

1) BGH JZ 59, 770

2) Isensee S. 76

3) so aber in RzW aaO

4) vgl. Messner, S. 800

5) Dazu Isensee S. 47 und unten

6) S. 47

das Widerstandsrecht daher als öffentlich-rechtliches Selbsthilferecht, da insofern eine Parallele zu § 228 BGB besteht. Solange die staatlichen Organe fähig sind, den Angriff von der freiheitlich-demokratischen Grundordnung abzuwehren, und sei es auch unter Ausnützung der weitestgehenden Notstandsermächtigungen, solange ist "andere Abhilfe" möglich und der einzelne Bürger hat kein Recht, einzugreifen (unbeschadet § 127 StPO). Dieses Entscheidungs- und Gewaltmonopol begründet eben die Souveränität des neuzeitlichen Staates.¹⁾

Die Erstreckung der Subsidiarität allerdings ist unklar. Einmal ist fraglich, wer bzw. was alles unter anderweitiger Abhilfe zu verstehen sein soll; zum zweiten, ob dieser Term mehr theoretisch oder praktisch zu interpretieren ist, mit anderen Worten, wann diese Möglichkeit tatsächlich noch oder nicht mehr besteht.

Fest steht, daß, wenn die zuständigen Organe intakt funktionieren, andere Abhilfe stets als grundsätzlich möglich zu gelten hat; gleichgültig, wie schwer oder intensiv der Angriff sein mag. Ebenso eindeutig fehlt diese Möglichkeit, wenn besagte Organe zerschlagen oder in der Hand der Usurpatoren sind. Zwischen diesen beiden Extremen liegt aber eine erhebliche Bandbreite möglicher tatsächlicher Konstellationen; insbesondere bezüglich des möglichen Rechtsschutzes, da ja die gegen rechtswidrige Staatsakte zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe dem Widerstandsrecht vorgehen müssen, insoweit sie Abhilfe schaffen. Letzteres, die Frage der Effektivität stellt den entscheidenden Punkt dar. Solange das BVerfG noch in der Lage ist, durch seine Entscheidungen den Staat des GG wirksam zu verteidigen, besteht tatsächlich noch die Möglichkeit anderer Abhilfe. Anders ist die Lage,

1) Krüger S. 766 ff; Isensee S. 32

wenn zwar das BVerfG zwar noch seiner Aufgabe entsprechend judiziert, die Staatsorgane bzw. die neuen Machthaber die Entscheidungen des Gerichts schlichtweg ignorieren, oder auch, wenn das Gericht die Grenzen pflichtgemäßen Ermessens offensichtlich überschritte, wenn "Indolenz gegenüber dem Verfassungsgegner in Kollaboration mit ihm überginge"¹⁾. Entscheidendes Kriterium wird aber in aller Regel die Effektivität sein, gerade, was die Rechtsbehelfe angeht. Es wäre absurd, den Bürger etwa auf das Petitionsrecht (Art. 17 GG) zu verweisen, wenn feststeht, daß seine Ausübung erfolglos sein wird, oder die Erschöpfung des Rechtswegs zu verlangen, wenn die Gerichte bereits in den Händen der neuen Machthaber sind²⁾.

Darüber hinausgehend wird man sagen können, daß auch bei noch intakter rechtsstaatlicher Gerichtsbarkeit das Erfordernis der Erschöpfung des Rechtswegs vielfach ein Unding darstellen wird. Das Widerstandsrecht ist ein Notrecht; d.h. Art. 20 IV GG sollte nicht verstanden werden wie Art. 147 Hess.Verf., der in Abs. I den Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt für jedermanns Recht und Pflicht (!) erklärt, diesen Widerstand aber in Abs. II auf Strafverfolgung durch Anrufung des StGH beschränkt³⁾. Die Vorstellung, z.B. putschenden Militärs mit Anfechtungsklage und Gerichtsvollzieher zu Leibe rücken zu wollen, hat etwas rührend Legalistisches. Im Widerstandsfall verspricht der Einsatz von Militär, Polizei oder Grenzschutz wirksame Abhilfe, nicht die Anrufung von Gerichten⁴⁾. Gewalt kann in einem solchen Fall nur mit Gewalt beantwortet werden, nicht mit Klageschriften. Zwar müssen derartige Maßnahmen, geschehen sie bei

1) Isensee S. 36

2) Vgl. Heyland S. 99; V. Winterfeldt, S. 1418; Bertram S. 47; BGH NJW 53,1699

3) Vgl. Zinn-Stein, Anm. 4 zu Art. 147

4) Scholler S. 35

Übergehung der zuständigen Entscheidungsträger, mit äußerster Sorgfalt erwogen sein, da sie bürgerkriegsähnliche Zustände zu schaffen geeignet sind¹⁾. Sollte der Widerstandswillige in solchen Fällen aber allen Ernstes zuerst auf den Rechtsweg verwiesen werden, welchen Inhalt hätte das Widerstandsrecht in der Praxis dann noch! Denn solange der Bürger noch mit einiger Aussicht auf Erfolg den Weg vor Gericht wählen kann, dürfte im Zweifel noch gar keine Widerstandssituation vorliegen, da funktionierende Gerichtsbarkeit gleichbedeutend ist mit anderweitiger Abhilfe i.S.v. Art. 20 IV. Das Erfordernis der Erschöpfung des Rechtsweges ist daher aus praktischen wie aus systematischen Gründen abzulehnen.

Die andere Frage ist, ob zur "anderen Abhilfe" auch die rein gesellschaftlichen Abhilfemöglichkeiten gehören, die nicht staatlicher Natur sind, d.h.; ob, wenn eine größere gesellschaftliche Kraft, wie etwa Parteien oder Gewerkschaften, handeln könnte, das Widerstandsrecht einer "kleinen radikalen Gruppe" ausscheidet²⁾. Da das Widerstandsrecht gerade drittgerichtet ist, könnten alle anderen Abhilfemöglichkeiten aus der Drittsphäre die Subsidiarität anderer Widerstandshandlungen auslösen²⁾.

Diese Frage³⁾ stellt weniger eines der Subsidiarität als eines der erlaubten Widerstandsmittel dar. Da auch der Widerstand unter dem Übermaßverbot steht⁴⁾, wird man differenzieren müssen: Wer nur sich selbst durch eigene Widerstandshandlungen in Gefahr bringt, ist zu singulären Aktionen berechtigt. Wer aber durch sein Handeln die Gefahr heraufbeschwört, daß ursprünglich aussichtsreiche

1) Scholler S. 36

2) Scholler S. 37; aA Isensee S. 33

3) die bei geschicktem Mißbrauch der Notstandsgesetze kaum noch akut werden wird

4) Allg.M., vgl. Isensee S. 58; Scholler S. 37

Widerstandsversuche relativ mächtiger Organisationen durch sein "Vorpellen" zum Scheitern verurteilt werden, verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel. Zulässiger Widerstand kann dann nur in Verbindung mit jenen Organisationen, die tatsächlich dem Unrecht wirksam wehren können und wollen, geleistet werden. Das stellt keinen unzulässigen Eingriff in die Koalitionsfreiheit¹⁾ dar, weil der Einzelne ja durch Art. 20 IV GG nicht zum Widerstand verpflichtet ist²⁾ (anders in Art. 19 Brem.Verf. und Art. 147 Hess.Verf.).

Entschließt er sich aber, als mündiger Staatsbürger zum Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung tätig zu werden, so ist er verpflichtet, dies in der genannten Weise zu tun, um einen eventuell noch möglichen anderweitigen Schutz dieser Ordnung nicht zu gefährden.

9.5 Konservatorischer Widerstand bei evidentem Unrecht

Art. 20 IV legitimiert Widerstand nur gegen den, der es unternimmt, die Grundrechtsordnung zu beseitigen.

Damit ist klargestellt, daß es sich bei dem Widerstandsrecht um ein konservatorisches Recht handelt. Es gibt ein "Recht zum Recht, kein Recht zum Unrecht"³⁾. Es kann also nicht zur Rechtfertigung eines Staatsumsturzes dienen⁴⁾, sondern nur zur Legitimierung seiner Abwendung⁵⁾.

1) Art. 9 III GG

2) Allg.M., Bertram S. 87, Tsatsos S. 173 ff, Isensee S.67

3) Kaufmann, Arthur, E, S. 327, 328

4) Allg.M., vgl. z.B. Schneider S. 13 mwN.

5) hierzu aus theologischer Sicht Bertram S. 90 ff

Objekte des Widerstandes können sowohl verfassungsmäßige Organe als auch einzelne Privatpersonen sein. Die schriftliche Begründung des Rechtsausschusses¹⁾ führt als mögliche Fallgestaltungen auf "Mißbrauch oder Anmaßung staatlicher Hoheitsbefugnisse"; die Möglichkeiten also, daß legal bestellte Organwalter ihre Macht zur Aufhebung der Legalordnung einsetzen, oder, daß bereits die Erlangung der staatlichen Kompetenz illegal ist; Alternativität: Staatsstreich von oben bzw. unten. Dabei ist gleichgültig, gegen wen persönlich oder sachlich die unmittelbare Stoßrichtung des Angriffs geht, gegen andere Staatsorgane (etwa das Parlament), gegen einzelne Bundesländer oder gegen die Bevölkerung (durch Unterdrückung der Grundrechte.)

Der Staatsstreich von oben hat die Besonderheit, daß er durch Tun oder Unterlassen²⁾ geschehen kann; z.B. entweder durch Beseitigung von Verfassungsinstitutionen oder dadurch, daß Verfassungsaufträge nicht ausgeführt werden. Bei letzteren ist allerdings größte Zurückhaltung geboten; einmal lehrt z.B. der Kapp-Putsch, wie leicht hier Formalien zur Verdeckung höchst verfassungsfeindlicher Bestrebungen herangezogen werden können, zum anderen ist die Rechtsprechung des BVerfG zu beachten³⁾, die der Nichtverwirklichung eines grundgesetzlichen Gesetzgebungsauftrages erst nach 20 Jahren rechtliche Konsequenzen zu-

1) BT-Drucks. V/2873 S. 9

2) Vgl. die Vorgänge im Österreich des Jahres 33: Nachdem sich das Parlament (der Nationalrat) durch Rücktritt seiner drei Vorsitzenden selbst paralysiert hatte (niemand konnte mehr mit Rechtswirkung zu Sitzungen laden), erklärte der Kanzler Dollfuß, die Regierung werde hiervon nicht berührt; es liege eine Parlamentskrise, keine Regierungskrise vor, und weigerte sich, eine Notverordnung zur entsprechenden Änderung der GeschO des Parlaments zu beantragen; vielmehr regierte er ohne Parlament weiter: nach Mikoletzky, S. 231 ff

3) BVerfGE 25, 167 ff

billigt. Insbesondere erscheinen Bestrebungen, die eine verfassungsmäßige Regierung des Verstoßes gegen den "Geist", den "Wesensgehalt" der Verfassung zeigen, meist unglaublich (vgl. die Ereignisse in Chile im Jahre 73). Solche und ähnlich unklare Sinnkonglomerate werden verwendet, um daraus ein Widerstandsrecht zu konstruieren, wo in Wirklichkeit keine konservatorische, sondern eine aggressive Zielsetzung verfolgt wird¹⁾. Daher fordert die allg.M.²⁾ zutreffenderweise, daß das mit Widerstand i.S.v. Art. 20 IV zu bekämpfende Unrecht offenkundig sein müsse. Das bedeutet freilich andererseits nicht, daß es jeder, aber auch jeder Staatsbürger erkennen müsse; wie hätte es dann überhaupt irgendeinen Erfolg, der ja den Widerstand notwendig macht, haben können? Die Forderung nach Evidenz der Rechtsbeeinträchtigung ist nur eine andere Formulierung dafür, daß der Widerstand nach Telos und Ausmaß in einen gesamtgesellschaftlichen, mehrheitlichen Konsens eingebunden sein muß, um legitim zu sein. Besteht weitgehender Konsens in der Einschätzung des Handelns der (neuen oder alten) Machthaber, so ergibt sich der Konsens über die Widerstandshandlung von selbst.

Die Erstreckung von Art. 20 IV auch auf den Staatsstreich von unten gibt dem Widerstandsrecht scheinbar einen neuen Akzent. Unter dem Eindruck der neueren deutschen Vergangenheit hat sich die jüngere Doktrin des Widerstandsrechts weitgehend auf die Stoßrichtung gegen den (totalitären) Staatsapparat fixiert³⁾. Aber die Dinge lassen sich nicht so leicht trennen; gerade nicht unter

1) Vgl. z.B. die Äußerungen eines Anwalts der KPD im Verf. vor dem BVerfG (5,83,316): unter den Bedingungen des Kapitalismus, des "Adenauerrégimes" sei eine "echte" Demokratie nicht möglich, das Régime verstoße "wesensgemäß" gegen das GG, woraus ein Widerstandsrecht abgeleitet werden sollte (S.358 ff)

2) BVerfGE 5,377; Tsatsos S. 168; Schneider S. 18

3) Hesse S. 15 bezeichnet jenen Aspekt als traditionsfremd; vgl. auch Schneider S. 16

dem Aspekt des "Unternehmens" i.S.v. Art. 20 IV GG. Hitler hat sein Ziel, die Zerschlagung der Weimarer Demokratie, eben schon als Privatmann verfolgt, wenn er es auch erst als Reichskanzler verwirklichen konnte. Neu und traditionsfremd ist dieser Aspekt nur insofern, als die neuzeitlichen Demokratien auch Staatsfeinden theoretisch die Möglichkeit geben, legal an die Macht zu kommen. Daher muß sich Art. 20 IV konsequenterweise auch gegen den Staatsstreich von unten richten¹⁾. Wiedertaucht hier die Frage auf, ob bei dieser Zielsetzung von Art. 20 IV (Schutz unserer Ordnung vor dem Einzelnen, der sie beseitigen will) nicht doch auf den Begriff "Staatsnothilfe" zurückgegriffen werden sollte²⁾. Hiergegen ist zu sagen, daß die Rechtsfigur Staatsnothilfe keinen sachlichen Vorteil gegenüber dem Widerstandsrecht bietet: ebenso wie dieses wäre es gegenüber den Befugnissen von Justiz und Verwaltungsorganen subsidiär, weswegen von vornherein fraglich erschiene, inwieweit ein Staat überhaupt noch existent und durch Staatsnothilfe schützbar ist, der solch elementare Funktionen nicht mehr wahrnehmen läßt.

Staatsnothilfe ist zudem in seinem Schutzbereich auf "den Staat" fixiert, könnte also nur bei eminenten Verstößen wie Landesverrat o.Ä. wirklich eingreifen, während in der Grauzone zwischen Legalität und Totalitarismus, zwischen Demokratie und "Demokratie" das Widerstandsrecht durch seine exakte finale Bezogenheit auf die freiheitlich-demokratische Grundordnung das geeignetere, subtilere Instrument ist. Im Österreich des Jahres 1933 wäre die Situation durch Staatsnothilfe nicht zu lösen gewesen: der Staat selbst war ja keineswegs bedroht; vielmehr erlebte Österreich eine, wenn auch kurze, Konsolidierungs-

1) Schneider S. 16; siehe auch Art. 21 II GG iVm § 84 StGB

2) So Bertram S. 42; Isensee S. 39; Schneider S. 17 spricht von Verfassungshilfe

und Erholungsphase¹⁾. Hingegen hatte Dollfuß, nach den Maßstäben des Widerstandsrechts betrachtet, die parlamentarisch-demokratische Ordnung beseitigt, das Unrecht, das sich hinter der zynischen Redensart von Parlaments- und Regierungskrise verbarg, war evident, so daß ein Widerstandsrecht analog Art. 20 IV GG hätte Platz greifen können.

Endlich ist der Täuschungseffekt zu bedenken, der dadurch entsteht, daß sich der Staatsnothelfer hinter dem angeblichen Interesse des Staates verbirgt. Hingegen schützt der Widerstandskämpfer nicht primär den Staat als solchen, sondern die Freiheitsrechte des Einzelnen und legitimerweise auch die eigenen.

Daraus rechtfertigt sich die Ausübung des Widerstandsrechts, aus ihrem konservatorischen, schützenden Charakter. Dies ist daher auch der vorstechende Wesenszug von Art. 20 IV, daß er stets nur zum Schutz der bestehenden Ordnung und der von ihr Beschützten eingreift. Ein Recht zur Revolution, man mag es ableiten woraus auch immer²⁾, ist stets etwas zum Widerstandsrecht des Art. 20 IV konträres und kann aus dem GG nicht abgeleitet werden. "Das Wesen des Rechts ist Widerstand gegen das Unrecht."³⁾

9.6 "Unternehmen" i.S.v. Art. 20 IV / Problem der etablierten Tyrannis

Die gesetzliche Formulierung "der es unternimmt" wirft mehrere Probleme auf. Zunächst erscheint fraglich, ab wann Widerstand zulässig sein soll, mit anderen Worten, ob "Unternehmen" i.S.v. §§ 11, 16, 22 StGB zu verstehen ist, und

1) Mikoletzky S. 243 ff

2) Vgl. z.B. Schweitzer S. 141

3) Kaufmann, Arthur, E, S. 331

insbesondere, wann der "Versuch, zu beseitigen" vorliegt.

Von vornherein auszugrenzen sind die sog. einfachen Gesetzesverletzungen. Wenn Beamte, selbst solche in höchsten Positionen, Gesetze in ständiger Praxis falsch anwenden, liegt darin zwar ein Gesetzesverstoß und ein Verstoß gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Aber dies allein wäre noch bei weitem noch kein Unternehmen, jenen Grundsatz tatsächlich zu beseitigen. Selbst eine vorsätzliche Gesetzesverletzung von amtlicher Seite bedeutet allein noch keinen Versuch, die verfassungsmäßige Ordnung zu beseitigen.¹⁾ (In den meisten dieser Fälle wäre der Bürger wegen der Subsidiarität des Widerstandsrechts auf den Rechtsweg zu verweisen.) Das Merkmal der Illegalität allein eignet sich schlechterdings nicht zur Feststellung der Eingriffssituation bei Art. 20 IV, da es nicht quantifizierbar ist. Es ist notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung des Widerstandsfalles²⁾. Ausschlaggebend ist hingegen die Tendenz, die Rechtsordnung des GG zu b e s e i t i g e n. Wer sich nur in einem Einzelfall über einen Verfassungsgrundsatz hinwegsetzt, will nicht notwendigerweise die Verfassung überhaupt abschaffen. Der Begriff des Unternehmens i.S.v. Art. 20 IV ist daher aus dem Blickwinkel des Beseitigens zu sehen, also von der Tendenz der Handlung her zu erfassen.

Ab wann also wird "unternommen, zu beseitigen"? Da die Illegitimität der Vorbereitungshandlung durch die Illegitimität der beabsichtigten Staatsaktion konditioniert wird, müssen auch nach außen hin legale Vorbereitungshandlungen als illegales Unternehmen i.S.v. Art. 20 IV angesehen werden. So wie eine an sich illegale Handlung nicht unter Art. 20 IV fällt, wenn es an der Tendenz, die Ver-

1) Schneider S. 15

2) Isensee S. 20

fassungsordnung zu beseitigen fehlt, kann umgekehrt eine formal rechtmäßige Handlung, wenn sie objektiv und offenkundig dem angegebenen Ziel dient, die Widerstandssituation auslösen¹⁾. Die erste Funktion des Widerstandsrechtes ist es, "schon den Anfängen der Perversion zu wehren"²⁾. Freilich wird heutzutage unter der Wirkung des Grundgesetzes die erforderliche Offenkundigkeit selten oder nie vorliegen. In diesem Zusammenhang wird daher Unternehmen i.S.v. Art. 20 IV GG weiter zu fassen sein als in §§ 11, 16, 22 StGB. Nicht erst eine Handlung, die nach dem Plan des Täters derjenigen Handlung unmittelbar vorgelagert ist, die den Tatbestand erfüllt,³⁾ bedeutet ein Unternehmen i.S.v. Art. 20 IV GG. Das begriffliche Instrumentarium des Strafrechts reicht für die praktische staatsrechtliche Problematik nicht aus. So wäre, auch nach der Rechtsprechung⁴⁾, kein Versuch und mithin kein Unternehmen nach §§ 11, 16, 22 StGB, wenn etwa in militärischen Kreisen Teilnehmer für einen bewaffneten Staatsstreich angeworben würden, da ja, auch nach dem Plan der Täter, diese Handlung noch nicht unmittelbar zur Gefährdung der Grundordnung führt; letzteres tritt ja erst durch Vereinbarung eines konkreten Schlachtplanes ein⁵⁾. Angesichts der Kompliziertheit der Staatsapparatur und der Notwendigkeit umfangreicher Vorbereitungen zu illegaler Machtergreifung wird der strafrechtliche Versuchsbegriff dem Problem des Art. 20 IV nicht

1) Kandidierte Hitler heute für das Amt des Bundeskanzlers mit der erklärten Absicht, den Staat wie folgt umzugestalten: "In keiner Kammer und in keinem Senate findet jemals eine Abstimmung statt. Sie sind Arbeitseinrichtungen und keine Abstimmungsmaschinen. Das einzelne Mitglied hat beratende Stimme, aber niemals beschließende. Diese kommt ausschließlich dem Vorsitzenden zu." (S.444) und blieben die zuständigen Organe tatenlos, so wäre aktiver Widerstand des Einzelnen legitim.

2) Kaufmann, Arthur, D, Einl. XII

3) Vgl. Dreher, Anm. 2 zu § 22

4) Vgl. z.B. BGH MDR 52,243; 70,362

5) Schönke-Schröder, Anm. 12 zu § 22

gerecht. Bestünde ein Recht zum Widerstand erst, wenn die Rechtsordnung unmittelbar gefährdet ist, wäre der Widerstand, der ja, soll er effektiv sein, ebenfalls erst organisiert werden muß, in aller Regel zu spät. Dem trägt auch gerade das materielle Strafrecht Rechnung, das in § 83 StGB auch schon die Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens poenalisiert. Es geht hier eben um den Schutz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung und damit um etwas grundsätzlich anderes als um den Umfang des staatlichen Staatsanspruchs bei § 22 StGB. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit bleibt gewahrt, da sich § 83 StGB nur auf ein bestimmtes Unternehmen bezieht, so daß eine Bestrafung einzig wegen staatsfeindlicher Absichten oder Gesinnung ausgeschlossen ist¹⁾. Analoges wird bei Art. 20 IV GG zu gelten haben. Das Unternehmen muß ein bestimmtes ein, das Angriffsobjekt muß feststehen, bestimmte Angriffsmittel müssen vorgesehen sein und schließlich muß der Angriffszeitpunkt hinreichend feststehen; etwa in dem Sinne, daß das Unternehmen unter den bestehenden politischen Verhältnissen durchgeführt werden soll, oder, daß ein bestimmtes, mit Sicherheit zu gewärtigendes Ereignis abgewartet werden soll.

Weiters ist zu prüfen, wie lange Widerstand noch gerechtfertigt werden kann, bzw. ob aus dem Wort "unternimmt" nicht geschlossen werden kann, daß auch vom Boden des GG Widerstand gegen eine sattelfest etablierte Diktatur nicht mehr legitim ist. Die so gestellte Frage erscheint auf den ersten Blick absurd, denn die etablierte Tyrannei wäre ja gerade nicht mehr der Staat des GG, und es wäre müßig, in einem Staat, in dem es nicht mehr gilt, Rechte aus dem GG ableiten zu wollen.

Zuzugeben ist, daß es sinnlos wäre, einen mißglückten Widerstandsakt mit dem Hinweis auf das GG rechtfertigen

1) Schönke-Schröder, Anm. 2 zu § 83

zu wollen in einem Staat, der dies GG mit Füßen tritt. Davon zu scheiden ist aber die Frage, ob Art. 20 IV einen Verfassungsauftrag enthält, der sich an jedermann mit der Aufforderung richtet, auch nach Untergang des Rechtsstaates allezeit auf seine Wiedereinsetzung hinzuwirken. Ein derartiger Verfassungsauftrag, bestünde er, könnte zwar nach Sinn und Zweck kritisiert werden, man könnte seine Praktikabilität in Frage stellen, man müßte ihn aber hinnehmen¹⁾.

Gegen die o.a. Auslegung des GG spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift. "Unternimmt" deutet darauf hin, daß, ist das Unternehmen geglückt und vollendet, auch das Recht zum Widerstand beendet sein soll. Zwar haben die o.A. ergeben, daß bei der Ermittlung des Wortsinns von "Unternehmen" nicht von der strafrechtlichen Terminologie ausgegangen werden kann. Insofern besteht aber auch Deckung zwischen Normalsprache und juristischer Terminologie²⁾.

Es besteht ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Bewahren einer "nur" bedrohten Ordnung und dem Wiedereinsetzen einer einmal gestürzten Ordnung³⁾. Als Mithildung ist hier lediglich ein Staat wie das 3. Reich denkbar, der, formal auf einer rechtsstaatlichen Verfassung basierend, praktisch deren Grundwerte verleugnet. In diesem Fall ist tatsächlich Widerstand i.S.v. Art. 20 IV denkbar, der darauf abzielt, der nur noch auf dem Pa-

1) And. M. Schneider S. 21, der die Meinung vertritt, Ungereimtheiten und Phrasen könne der Jurist nicht "hinnehmen". Wenn ein Gesetz einen Nonsens oder eine Phrase normiert, so kann man versuchen, ihm durch Auslegung einen Sinn zu geben. Der Jurist kann aber nicht einen ihm obsolet erscheinenden GG-Auftrag negieren.

2) Schiller: "Entworfen bloß ist's ein gemeiner Frevel, vollführt ist's ein unsterblich Unternehmen, und ist's geglückt, so ist es auch verziehn." Wallensteins Tod, I. Akt, 7. Auftritt

3) Kaufmann, Arthur, E, S. 326

pier bestehenden Verfassung wieder reale Bedeutung zu verschaffen. Hat sich die neue Tyrannis aber einmal mit eigener "Rechts-"ordnung etabliert, so kann es kein Widerstandsrecht mehr geben, sondern nur mehr Revolution, die sich aufgrund ihrer Eigengesetzlichkeit juristischer Betrachtung ohnehin entzieht¹⁾. Dies folgt letztlich nicht aus dem Wortlaut von Art. 20 IV, sondern aus ihrem Telos, der nach allgemeiner Meinung²⁾ immer nur auf ein Bewahren, ein Schützen, ein Konservieren gerichtet ist. Wenn das Schutzobjekt der Norm, die freiheitlich-demokratische Grundordnung, bis auf unwesentliche Reste vernichtet ist, muß Art. 20 IV notwendigerweise ins Leere gehen, da nichts mehr existiert, das geschützt werden könnte.

Wann diese Vernichtung tatsächlich vorliegt, wird stets nur undeutlich zu erkennen sein. Generell wird man sagen können: je aussichtsreicher Widerstand noch ist, desto weniger etabliert ist der neue Unrechtsstaat und desto mehr erscheint Widerstand legitim und geboten. Ebenso, wie jeder Staat kraft seiner inneren Stabilität das Spiegelbild der gegen ihn gerichteten Revolution in sich trägt³⁾, so bemißt sich die Stabilität der neuen Ordnung danach, wie schnell sie sich durch Konsens der Staatsbürger legitimieren und damit aktivem Widerstand die Basis entziehen kann. Denn, wie gezeigt wurde, ist Widerstand nur durch den Konsens der Staatsbürger legitimierbar; fehlt er, so ist das neue Régime etabliert und einem Widerstand bleibt die Grundlage entzogen.

1) Bertram S. 89 ff

2) Vgl. z.B. Schneider S. 19

3) Ermacora S. 1146 ff

9.7 Das Verhältnis des Widerstandsrechts zu Art. 79 III GG

Die - man muß wohl sagen - herrschende Meinung in der Literatur betrachtet Art. 20 IV GG trotz der Formulierung in Art. 79 III nicht als in den unabänderlichen Kern der Verfassung einbezogen und jeder Änderung entrückt, da es sich um einen Neuzusatz handle¹⁾: "Zwar erklärt Art. 79 III, daß jede Änderung des GG, durch welche die in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig sei. Aber diese Garantie, also die Festlegung eines unveränderlichen Verfassungskerns, erstreckt sich selbstverständlich nur auf den Inhalt in derjenigen Fassung, welche ihm der Parlamentarische Rat seinerzeit gegeben hatte. Das war eine Entscheidung des pouvoir constituant. Die dem Bundesgesetzgeber eingeräumte Befugnis zur Grundgesetzänderung (pouvoir constitué) kann nicht dazu benutzt werden, den einmal festgelegten Verfassungskern nachträglich zu erweitern. Sonst könnten ja Bundestag und Bundesrat mit 2/3-Mehrheiten den unabänderlichen Verfassungskern anreichern und erweitern, ohne daß ein späterer Bundesgesetzgeber daran noch etwas ändern dürfte."²⁾

Der heutigen Meinung ist zuzugeben, daß es etwas Mißliches hat, einem Grundrecht Ewigkeitscharakter durch eine Verweisungstechnik verleihen zu wollen³⁾. Dagegen wirkt gekünstelt die Unterscheidung zwischen pouvoir constituant und constitué in diesem Zusammenhang.

Weiter ist zu fragen, ob eine Erweiterung des Kernbereichs der Verfassung denn etwas so grundsätzlich

1) Hesse S. 277; Maunz S. 196; Isensee S. 96; Schneider S. 10; Scholler S. 37; Klein S. 867; v. Mangoldt-Klein S. 1898; aa: v. Münch Anm 53 zu Art. 20

2) Schneider aaO

3) Mangoldt-Klein aaO spricht von einem "Trick"

Negatives ist, wie die heutige Meinung anzunehmen scheint, ob sie sich nicht gerade unter dem Eindruck der Notstandsgesetzgebung als etwas durchaus Erstrebenswertes darstellt.

Entscheidend ist aber die o.a. Ableitung des Widerstandsrechts aus dem Mehrheitskonsens. Zwar kann die freiheitlich-demokratische Grundordnung daher auch nicht als feststehende Ordnung mit unveränderlichen Werten angesehen werden¹⁾. Eine Weiterentwicklung unseres Staates zu mehr Freiheit, Gleichheit, Demokratie ist nicht nur zulässig, sondern erwünscht. Ebenso ist aber das Widerstandsrecht in seinen Voraussetzungen variant, da es auf einem varianten Moment fußt, dem Konsens, der eine vorrechtliche, gesellschaftliche Erscheinung darstellt, die in ihrem Bestand von keiner juristischen Norm abhängig ist. Da nun aber fast alle Stimmen, die die Erstreckung der Wirkung des Art. 79 III auf Art. 20 IV ablehnen, das Widerstandsrecht als solches anerkennen und aus "naturrechtlichen Vorstellungen"¹⁾, aus "überstaatlichen Vorstellungen von dem, was richtig und gut ist"²⁾ oder schlicht aus "Naturrecht"³⁾ ableiten, erscheint es reichlich inkonsequent, dieses Recht, da es nun einmal kodifiziert ist, nicht an der Wirkung des Art. 79 III teilhaben zu lassen. Welchen Sinn kann es haben, dem Widerstandsrecht die Wirkung des Art. 79 III abzusprechen, wenn es nach einer etwaigen Abschaffung durch den Gesetzgeber auch nach dem Verständnis dieser Autoren als überpositives Recht weitergelten muß?

Endlich steht fest, daß der Gesetzgeber bei der 2. und 3. Lesung des Gesetzes, das Art. 20 IV normiert, der Auffassung war, das Widerstandsrecht sollte zum Kernbereich

1) Maunz S. 101

2) Schneider S. 22

3) Isensee S. 9

i.S.v. Art. 79 III gehören¹⁾, auch wenn dies vielleicht mehr Ausdruck eines Wunsches als Ergebnis juristischer Analyse war. Weiter besteht doch wohl eine gewisse Vermutung, daß in Zeiten, in denen sich der Gesetzgeber daran macht, das Widerstandsrecht ausdrücklich abzuschaffen, der Moment nicht fern ist, wo der Bürger dieses Recht wird ausüben müssen, um seine Freiheit zu verteidigen. Bei allen berechtigten Bedenken gegen eine zweifelhafte Verweisungstechnik sollte man diesen praktischen Gesichtspunkt in den Vordergrund stellen. Die systematische Unstimmigkeit wiegt leicht gegenüber der Alternative, die das Widerstandsrecht solange nur unberührt läßt, als der Bürger es nicht braucht.

Art. 20 IV ist daher, dem Wortlaut des GG entsprechend, als dem Kernbereich des Art. 79 III angehörig zu betrachten.

9.8 Die Mittel des Widerstands

Nunmehr stellt sich die Frage nach den zulässigen Mitteln des Widerstandes. Nach überwiegender Meinung²⁾ wird nicht erst durch Art. 20 IV gedeckt, was schon nach den allgemeinen Regeln erlaubt ist, da das Widerstandsrecht eben ein äußerstes Notrecht ist. Solange sich selbst der intensivste Gebrauch der freiheitlichen Grundrechte noch im Rahmen der Rechtsordnung bewegt, braucht auf Art. 20 IV nicht zurückgegriffen werden. Solange verbale Angriffe auf die Regierung noch von Art. 5 gedeckt sind, liegt gar kein Widerstand i.S.v. Art. 20 IV vor. Jede in der Normallage legale Rechtsausübung, mag sie noch so

1) Abg. Stammberger, BT-Prot., Sitzg. v. 26.9.67, S. 9363; Abg. Bucher, aaO S. 9365

2) A.M. Grundmann, im EvStL, Sp. 2501

sehr von kämpferischer Zielsetzung durchdrungen sein, ist noch lange kein Widerstand, da Art. 20 IV den Rechtskreis des Einzelnen noch über die Normallage hinaus erweitern soll¹⁾. (Anders insofern die Regelung von Art. 147 Hess.Verf., wonach bereits die Einlegung von Rechtsbehelfen als Ausübung des Widerstandsrechts gilt). Zum Widerstand gehört also z.B. die Durchbrechung der verfassungsmäßigen Grenzen der Versammlungsfreiheit, die von Art. 4 III GG nicht gedeckte Fahnenflucht, gewaltsame Selbsthilfe außerhalb aller institutionalisierten Rechtsmittel und insbesondere der politische Streik nach historischem Vorbild, der ja, da er keine Arbeitsk Kampfmaßnahme ist, an sich keinen Verfassungsschutz genießt²⁾.

Zulässig, wenn auch problematisch, was die Effektivität angeht, erscheint es, wenn im Falle einer beginnenden Unrechtsherrschaft ein aus verfassungstreuen Männern gebildetes Notparlament rechtliche Anordnungen über die Art und Weise, wie Widerstand zu leisten ist, für alle Bürger verbindlich erlassen³⁾.

Größere Bedeutung könnte dagegen einem politischen Streik der Beamtenschaft zukommen. Die Geschichte lehrt, wie eminent wichtig es für den Usurpator sein kann, wenn ihm die überkommene Beamtenschaft samt Verwaltungsorganisation intakt und ohne Widerstand in die Hände fällt. Dem Beamten steht zwar kein Streikrecht zu. Wenn sich aber Beamte einem in berechtigter Ausübung des Widerstandsrechts unternommenen Streik anschließen, so handeln sie ebenfalls in Ausübung dieses Rechtes und damit nicht rechtswidrig. Da der Beamte wie jeder andere Bürger den Rechtsstaat bejahen sollte, ja, da von ihm gerade eine

1) Schneider S. 17

2) Schmidt-Bleibtreu-Klein, Anm. 20 zu Art. 9

3) Heyland S. 118

spezifisch bejahende Haltung diesem Staat gegenüber gefordert wird¹⁾, verstößt eine Teilnahme an einem derartigen Streik auf keinen Fall gegen die spezifischen Treuepflichten des Beamten²⁾; im Gegenteil, unter dem Gesichtspunkt der "wehrhaften Demokratie"³⁾ erscheint die Beamtenschaft zu solchem Handeln geradezu verpflichtet. Ein politischer Streik der Beamtenschaft, der die Verwaltung lahmlegte und die Anordnungen der neuen Machthaber ins Leere laufen ließe, wäre in der Tat ein äußerst effektives Widerstandsmittel, da es den Usurpatoren unmöglich wäre, einen entsprechenden Administrationsapparat in der Eile aufzubauen, und sie, mangels Möglichkeit, ihren Machtanspruch zu verwirklichen, gleichsam ausgetrocknet würden. Die Erfahrung hat allerdings gezeigt, daß die Bereitschaft des deutschen Beamtenstandes zu solch mutiger politischer Handlungsweise eher gering ist⁴⁾.

Einer rein juristischen Beurteilung kaum noch zugänglich erscheint schließlich die Frage nach den Grenzen des Widerstandsrechts: d.h. die Frage, ob auch schwerste Taten wie Totschlag und Landesverrat durch Art. 20 IV gedeckt werden können⁵⁾. Es können daher hier nur einzelne Hinweise gegeben werden, da Möglichkeiten und Notwendigkeiten des Widerstands ebensowenig normativ bestimmbar sind, wie der Verlauf künftiger Widerstandssituationen vorhergesehen werden kann.

Jeder Widerstand steht unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit der Mittel⁶⁾. Das bedeutet nicht nur, daß Maß-

1) BVerfG VerwRspr 75,773

2) Bertram S. 68; Isensee S. 85

3) BVerfG aaO, S. 778

4) Ein Steuerstreik nach dem historischen Vorbild der Stadt Osnabrück (vgl. Dahlmann) erscheint heute nicht mehr durchführbar.

5) Verneinend Bertram S. 87, bejahend Isensee S. 64

6) Isensee S. 73

nahmen der Vergeltung und der Lynchjustiz wegen Übermaßes verboten bleiben, sondern auch, daß die Maßnahme mit der (ex ante zu beurteilenden) Erfolgsschance in Relation zu setzen ist. Diese Relation ist nicht als Erfolgsprognose i.S. der umstrittenen (s.o.) BGH-Rechtsprechung zu verstehen, sondern als Folgenprognose. Der Widerstand darf das Unrecht, dem er wehren will, nicht noch verschlimmern. Speziell bei der Gefährdung von Menschenleben sind strengste Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen¹⁾. Zwar ist vom BVerfG der Begriff der wehrhaften Demokratie gebraucht worden²⁾, andererseits ist Isensee³⁾ darin Recht zu geben, daß kein Satz gilt: fiat constitutio, pereat mundus.

Die Beurteilung der Frage, was nun in welcher Situation im Einzelnen noch zulässig sein soll und was als Übermaß zu gelten hat, entzieht sich letztlich der rein juristischen Betrachtung, wie auch Bertram⁴⁾ zeigt, der auf theologisches Argumentieren ausweicht. Ein abschließendes Urteil wäre ohnedies, wie der Widerstand selbst, der Geschichtlichkeit unterworfen. Insofern hatte C. Schmidt Recht, der das Widerstandsrecht als vor- und überstaatliches Menschenrecht und damit als juristisch nicht organisierbar bezeichnet hat⁵⁾.

1) Nach BGH JZ 59,770 ist die Gefährdung des Lebens Unschuldiger stets unzulässig.

2) VerwRspr. 75,778

3) S. 77

4) S. 87

5) S. 164

10. Widerstandsrecht außerhalb der Voraussetzungen von Art. 20 IV GG

Es bleibt zu untersuchen, ob es Widerstand außerhalb der Grenzen von Art. 20 IV geben kann.

Hiervon zu sondern ist zunächst die Frage, mit der sich die Rechtsprechung wiederholt zu befassen hatte¹⁾, ob nämlich ein allgemeines Delikthinderungsrecht des Bürgers besteht, das in seinen Voraussetzungen gleichsam vor Art. 20 IV einsetzt. Ein derartiges Recht ist abzulehnen: einmal zwingt hierzu der Umkehrschluß aus Art. 20 IV, zum anderen verstieße man sonst gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 19 GG²⁾. Schließlich besteht für die Annahme eines derartigen Rechtes schlicht keine Notwendigkeit, wenn man nicht jedermann zum Hilfspolizisten für seine Mitbürger ernennen will.

Maurach³⁾ vertritt die Auffassung, daß ein Widerstandsrecht existiere, das von Art. 20 IV GG nicht erfaßt werde und einen Unterfall der Staatsnotstandshilfe darstelle. Jedermann, nicht nur Deutsche seien taugliche Helfer; der Widerstand brauche sich nicht gegen den Angreifer zu richten, sondern sei auch gegen Privateigentum und unschuldige Dritte zulässig: nothilfefähig seien nicht nur die Rechtsgüter des Art. 20 IV und nicht nur solche der deutschen Nation. Maurach sieht als Voraussetzung dieser Rechtsfigur eine unerträgliche, menschenunwürdige Lage der Bevölkerung an, sowie die Erschöpfung aller möglichen Rechts- und diplomatischen Mittel.

1) BGH VRS 40,104; OLG Düsseldorf NJW 61,1783

2) BGH, aaO.

3) S. 404,405

Angesichts dieser "Tatbestands-"voraussetzungen erscheint fraglich, ob dies Problem überhaupt unter juristischen Gesichtspunkten zu lösen ist. Schließlich liegt die Vermutung nahe, ein Staatswesen, das derartige Zustände ermöglicht, von vornherein für einen Unrechtsstaat und die Prüfung solcher Sachverhalte für eo ipso illusorisch zu halten, denn es ist zwecklos, im Unrecht "Rechtsfolgen" zu erörtern.

Es ist zwar zuzugeben, daß solche Gesichtspunkte bedeutsam werden können bei Widerstand von Ausländern im Ausland¹⁾, diese Fälle sind aber nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Es ist weiter zuzugeben, daß ein derartiges Recht zu postulieren wäre, wenn Art. 20 IV nicht auch den Fall des "kalten Staatsstreichs" abdeckte, d.h. den Fall, daß sich der Rechtsstaat legalerweise mit Hilfe seiner legitimen gesetzestechnischen Möglichkeiten (man denke an die Notstandsgesetze) sich selbst gleichsam abschaltet und zu einem Unrechtsstaat umfunktioniert. Diese Fallkonstellation hat Maurach möglicherweise vorgeschwebt, als er dies Widerstandsrecht postulierte; die Formulierung Staatsnotstand deutet es an; es fehlt ja insofern an einem rechtswidrigen Angriff.

Nun erfaßt aber Art. 20 IV sowohl nach dem Willen des Gesetzgebers²⁾ als auch nach Sinn und Zweck der Norm auch den Fall des legal eingeführten Unrechtsstaates: auch wenn der Notstandsfall tatsächlich vorlag und die Regierung entsprechende Maßnahmen zu Recht getroffen hat, liegt ein Beseitigen i.S.v. Art. 20 IV vor, wenn die Regierung nach Beendigung der Notstandslage das Rechtsleben nicht in seine ursprünglichen Bahnen zurückgleiten läßt.

1) Hierzu BGH NJW 66,310

2) S.o. und Schultz S. 636

Damit erscheint aber unklar, wogegen sich ein über Art. 20 IV hinausgehendes Widerstandsrecht überhaupt noch richten soll. Die von Maurach zitierte Entscheidung¹⁾ befaßt sich mit der angeblichen Unterdrückung von Südtirolern in der italienischen Republik und deren etwaigem Recht auf Widerstand aus nationaler Würde; sie ist zudem vor Inkrafttreten von Art. 20 IV ergangen und schon deswegen zur Inhaltsbestimmung dieser Norm kaum heranzuziehen. Versucht man einen auf hiesige Verhältnisse passenden, entsprechenden Sachverhalt zu untersuchen²⁾, so ergibt sich ohne weiteres ein Recht auf Widerstand aus Art. 20 IV, da der Unterdrücker notwendigerweise das Rechtsstaatsprinzip³⁾, das von Art. 20 abgeleitet wird⁴⁾, beseitigen muß.

Wenn Maurach⁵⁾ als Voraussetzung für das (weitergehende) Widerstandsrecht verlangt, daß Gefahr für elementare Strukturprinzipien des Staates von Trägern der Staatsgewalt ausgehe, so umschreibt er damit im Grunde nur die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 20 IV. Es darf daher vermutet werden, daß auf ein überpositives Widerstandsrecht zurückgegriffen werden soll, das in Ausmaß und Umfang über Art. 20 IV hinausgeht und in seinen Befugnissen letztlich unbestimmt bleiben muß. Gegen sittlich verwerfliche, aber nicht rechtswidrige Staatsakte mag es zwar ein sittliches Recht zum Widerstand geben⁶⁾; ein rein sittliches Recht des Einzelnen ist aber mangels Konsens kein Rechtfertigungsgrund. "Darin liegt die Tragik des Widerstandskämpfers. Mit juristischen Mitteln ist sie nicht aufzulösen."⁷⁾

1) BGH NJW 66, 310

2) z.B. rechtswidrige Unterdrückung der dänischen Minderheit in Schleswig-Holstein

3) dem das Gerechtigkeitsprinzip immanent ist, Maunz-Dürig, 59 zu 20

4) Maunz S. 72; Schmidt-Bleibtreu-Klein Anm. 9 zu Art. 20

5) aaO

6) So Heller S. 227; Krüger S. 984; Bertram S. 43; zu eng Schneider S. 23, der auch Art. 20 IV in diesem Sinn versteht.

7) Schneider S. 22

11. Widerstandsrecht und Strafrecht

Nachdem der (öffentlich-rechtliche) Inhalt des Rechts aus Art. 20 IV fixiert ist, kann schließlich auf die strafrechtliche Bedeutung eingegangen werden.

11.1 Die strafrechtliche Bewertung des Widerstandsrechts generell

Die Frage nach der Auswirkung, die die Existenz des Widerstandsrechts des Art. 20 IV GG auf die strafrechtliche Beurteilung eines konkreten Falles hat, läßt sich nicht beantworten ohne Rekurs auf die Frage nach dem Verhältnis von strafrechtlicher Güterordnung zu verfassungsrechtlicher Wertordnung¹⁾. Daß zwischen den beiden Ordnungen ein Bezug vorhanden ist, wird durch Art. 1 III GG sichergestellt: alle staatliche Aktivität, insbesondere alles mit Zwangsmitteln verknüpfte staatliche Recht, ist nur insoweit verfassungsgemäß, als es mit den grundgesetzlichen Wertentscheidungen in Einklang steht. Dieser Einklang besteht nun aber nicht vor allem Anfang an zwischen den Wertsetzungen von GG und StGB. Das wäre auch sehr verwunderlich, bedenkt man, zu wie verschiedenen Zeiten die genannten Gesetze zustande gekommen sind²⁾.

Als Kind seiner Zeit erweist sich das StGB z.B. schon durch den Aufbau des besonderen Teils, der mit den Staatsschutzdelikten beginnt, gefolgt von Straftatbeständen, die ebenfalls den Schutz der öffentlichen Ordnung in wei-

1) Vgl. hierzu Sax in: Die Grundrechte, Bd. III/2, S. 909 ff, mwN Hamann, S. 63

2) Vgl. zum StGB bei Kern-Roxin, S. 373 ff; zum GG etwa Kimminich

terem Sinne anstreben (1.-10. Abschnitt), während das GG die Würde des Menschen voranstellt und mit den Rechten des Einzelmenschen fortführt; Rechten, die vom StGB nur teilweise geschützt werden (z.B. Leben, Ehre, Freiheit, Eigentum), und z.T. nur gegen bestimmte Angriffe. Umgekehrt straft das StGB Angriffe auf Rechtsgüter, die das GG gar nicht oder allenfalls indirekt erwähnt; so bei den Staatsschutz-, Rechtspflege- und Sittlichkeitsdelikten.

Das bedeutet nun selbstverständlich nicht, daß das StGB insofern verfassungswidrig sei. Der Grundgesetzgeber hat das überkommene Strafrechtssystem als gültig vorausgesetzt und von § 102 aF StGB und gewissen, aus Pervertierung während der NS-Herrschaft zu erklärenden Änderungen abgesehen¹⁾, beibehalten wollen. Das Problematische des Verhältnisses von Strafrecht zum GG ergibt sich vielmehr daraus, daß die Strafe als Institution grundgesetzlich weder ausdrücklich geregelt noch gesichert ist²⁾. Art. 103 II und III GG setzen die Strafe lediglich als Institution voraus; sie konstituieren sie aber ebenso wenig wie die zahlreichen GG-Artikel, die sich auf Strafe, Strafrecht, strafbare Handlung usw. beziehen. Sehr wohl aber können z.B. sich aus Art. 103 I GG Probleme hinsichtlich der ausreichenden tatbestandsmäßigen Bestimmtheit von Strafgesetzen ergeben³⁾. Zwischen Art. 4 GG und strafrechtlichen Pflichten können Kollisionen auftreten⁴⁾, und in neuester Zeit ist dem BVerfG die Frage vorgelegt worden, ob nicht Art. 1 I GG der lebenslangen Freiheitsstrafe des § 211 StGB entgegenstehe⁵⁾. Es handelt sich letztlich um Fragen nach den Auswirkungen der allgemeinen

1) Hierzu Schmidhäuser S. 59 ff

2) Sax aaO., S. 936

3) Allg.A., vgl. Schönke-Schröder Anm. 64 zu § 2

4) OLG Stuttgart MDR 64,1024; BVerfGE 32,98

5) LG Verden, NJW 76, 960

Wertordnung des GG auf die Rechtsgüterordnung des StGB. Daß es solche Auswirkungen geben muß oder mindestens geben können muß, wird von niemand grundsätzlich bestritten, wenn auch gerne hervorgehoben wird, daß primär umgekehrt die Normen des StGB als Bestimmung der immanenten Schranken der Grundrechte anzusehen sind¹⁾, weswegen "Friktionen zwischen Verfassung und Strafrecht nicht auftreten können"²⁾; eine These, die nur für die abstrakte Verbotsnorm, die in den einzelnen Straftatbeständen enthalten ist, richtig sein kann, nicht aber für die konkrete Strafandrohung: andernfalls hätte der Gesetzgeber des Jahres 1851, als er die Strafdrohung etwa des § 242 StGB festlegte, in aller Stille bereits die immanente Schranke des Art. 2 GG festgelegt, was denn wohl nicht recht angehen kann.

Welche Inhalte die Wertordnung des GG der strafrechtlichen Ordnung im Einzelnen auferlegt, kann aber hier dahingestellt bleiben³⁾, da einmal feststeht, daß materielles Strafrecht wie auch das Prozeßrecht vom GG beeinflusst wird; bzw. an diesem zu messen ist und da es hier nur um die Auswirkung des Vorliegens des Widerstandsfalles in Bezug auf den Verbrechensaufbau geht. Da also Art. 20 IV nun einmal bestimmt, daß dem Deutschen unter gewissen Voraussetzungen ein Widerstandsrecht zusteht, so kann eine Handlung, die sich als z u l ä s s i g e Ausübung dieses Rechtes darstellt, nicht strafbar sein.

Die allgemeine Meinung⁴⁾ sieht Art. 20 IV als Rechtfertigungsgrund an. Für diese Auffassung sprechen zwei Gründe.

1) Maunz-Dürig Anm. 76 zu Art. 2

2) Schönke-Schröder, Anm. 53 vor § 1

3) so leiten Sax aaO S. 933 und BVerfGE 35,202,236 den Resozialisierungsgrundsatz aus Art. 1 GG ab

4) Isensee S. 88; Bertram S. 63; Maurach S. 391

Die strafhemmende Wirkung des Widerstandsrechts bereits beim Tatbestand einsetzen zu lassen, hat zwar den Vorteil, im Wege einer Art von "Evidenzprüfung" schneller zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen. So wird aber die Funktion der Rechtswidrigkeitsprüfung als Indikator für gesamtgesellschaftlichen Konsens außer Acht gelassen. Außerdem sind es auch nach der Parallelwertung in der Laiensphäre zwei verschiedene Fragen, ob eine Handlung einerseits faktisch eine Körperverletzung, Freiheitsberaubung, usw. darstellt, oder ob sie nicht andererseits durch gesellschaftlichen Konsens legitimiert ist.

Art. 20 IV GG als allgemeinen Strafaufhebungsgrund (etwa "sui generis") zu betrachten, besteht ebenfalls kein Anlaß. Das Widerstandsrecht mag im Staatsrecht aus systematischen Gründen erheblichen Bedenken begegnen¹⁾; aus strafrechtlicher Sicht stellt er gegenüber anderen Rechtfertigungsgründen keine grundsätzliche Besonderheit dar²⁾. Abgesehen davon, daß er erst kürzlich positiviert worden ist, läßt er sich ebenso wie die Notwehr, die Einwilligung usw. letztlich nur aus der übereinstimmenden, nachprüfbaren Anschauung der Rechtsbürger ableiten und legitimieren.

Ein vernünftiger Grund, das Widerstandsrecht des Art. 20 IV anders denn als einen Rechtfertigungsgrund zu behandeln, besteht also nicht.

11.2 Irrtum

Wie Bertram zutreffend feststellt³⁾, ist die Gefahr groß, daß sich der Widerstand Leistende über die wahre

1) Vgl. Scholler S. 39

2) so auch Baumann S. 349 Anm.

3) S. 70; vgl. auch Maurach S. 391

Sachlage irrt. Irrtum ist möglich über die Widerstandssituation als solche, insbesondere über die Intensität des Angriffs gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung und damit zusammenhängend über die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung oder über das Fehlen anderer Abhilfe.

Nicht behandelt werden kann in diesem Zusammenhang der Irrtum über die Erfolgsaussichten des Widerstandes. Wie bereits o.a., hat die Erfolglosigkeit des Widerstandes die rein sprachliche Wirkung, daß dann von Widerstand gar nicht mehr die Rede ist, sondern von Terrorakten usw. Welchen "Rechts-"folgen das Handeln erfolgloser Widerstandskämpfer dereinst unterworfen sein wird, läßt sich aus heutiger Sicht nicht beantworten. Immerhin können die VO gegen Verrat am deutschen Volk¹⁾ und die Vorgänge am 20.7.44 in der Bendlerstraße als Anhalt dienen.

Lag hingegen die angenommene Widerstandssituation in Wirklichkeit nicht vor, so bedeutet das, daß die begangenen tatbestandsmäßigen Handlungen rechtswidrig sind, da Art. 20 IV nicht eingreifen kann. Die Beurteilung dieser Handlungen richtet sich nach dem normalen Strafrecht, soweit sich der Gesetzgeber nicht zu einer Amnestie entschließt, wie dies in der Weimarer Zeit bei politisch motivierten Gewalttaten häufig der Fall war²⁾.

Gleichgültig, ob in der Irrtumsfrage der strengen³⁾ oder eingeschränkten⁴⁾ Schuldtheorie oder der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen⁵⁾ gefolgt wird, die allgemeine Meinung⁶⁾, die die Offenkundigkeit der Wider-

1) v. 28.2.33, RGBI. 1 S. 83

2) Vgl. Ebermayer S. 94

3) z.B. Maurach S. 443 ff., 455

4) BGHSt 3, 105, 194, 271

5) Kaufmann, Arthur, H, S. 653; I, S. 353

6) Bertram S. 47; Isensee S. 58; Schöller S. 37

standslage als Tatbestandsmerkmal von Art. 20 IV ansieht, führt zu der Konsequenz, daß der Irrtum über die Widerstandslage stets ein vermeidbarer (auch im Sinne der strengen Schuldtheorie) sein muß. Das (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal der Offenkundigkeit in Art. 20 IV führt im Irrtumsfall zu einer "Risikoumkehr". Das Merkmal der Evidenz auf der Tatbestandsseite führt zur notwendigen Vermeidbarkeit des Irrtums auf der Rechtsfolgen-seite. Da die Widerstandslage offenkundig und konsensbedingt sein muß, besteht im Irrtumsfall gleichsam eine unwiderlegliche Vermutung für die Vermeidbarkeit des Irrtums bzw. für den Tatvorsatz; auch und gerade bei Parallelwertung in der Laiensphäre. Raum für die Annahme, dem Täter sei trotz der Evidenzanforderung in Art. 20 IV der Irrtum nicht vermeidbar gewesen¹⁾, auch bei Anspannung aller sittlichen und geistigen Kräfte habe er das Fehlen der Widerstandslage nicht erkennen können²⁾, wird allenfalls bei einem Täter sein, dessen geistige Fähigkeiten unterhalb der Schwelle von § 20 StGB liegen. Dies ist kein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze; vielmehr folgt es aus der Natur des Widerstandsrechts als eines äußersten Notrechts, das nicht leichtfertig gebraucht werden darf. Insofern besteht nun einmal ein Unterschied zwischen einem "normalen" Rechtfertigungsgrund wie etwa Notwehr und Art. 20 IV GG. § 32 StGB enthält kein Evidenzerfordernis; es wird sich ja in aller Regel auch nur um das Risiko eines einzelnen, vermeintlichen Angreifers handeln, daher kann ein Irrtum anerkannt werden. Beim Putativwiderstand ist unsere gesamte Rechtsordnung in Gefahr; wer diese Gefahr heraufbeschwört, kann sich auf Irrtum nicht berufen.

Man könnte obiger These zum Vorwurf machen, sie liefere mit formaljuristischer Rabulistik Argumente für eine

1) Vgl. BGHSt 3,194

2) Vgl. Maurach S. 562

Kriminalisierung künftiger Widerstandskämpfer. Und in der Tat ist damit zu rechnen, daß bei rechtswidriger Ergreifung der Macht durch einen zukünftigen Diktator die Dowertung der Handlungen etwaiger Widerständler weniger an der evidenten Rechtswidrigkeit der Machtergreifung, als an der Evidenz der Machtergreifung ausgerichtet sein wird; kürzer gesagt: die Berufung auf einen Irrtum wird in einem derartigen Fall ebensowenig helfen wie der Versuch, sich auf das Widerstandsrecht zu berufen.

Aber an willfähigen Juristen, die für jede Tat des neuen Tyrannen eine formaljuristische Begründung haben, wird es ohnehin zu keiner Zeit fehlen¹⁾: insofern bedürfte es nicht der obigen These.

Aber auch im Staat des GG ist ein entschuldigender Irrtum über die Voraussetzungen des Widerstandsrechts schon aus außerrechtlichen Erwägungen abzulehnen. Zwar geht es hier um die strafrechtliche Beurteilung von Widerstandshandlungen. Dennoch muß die ganze Irrtumsproblematik im Zusammenhang mit dem Widerstandsrecht deplaciert erscheinen. Angesichts der drohenden Notsituation für Staat und Bürger, um die es bei Art. 20 IV geht; angesichts der Konflikte von Interessen und Rechtsgütern erinnert die Berufung auf Irrtum über das Widerstandsrecht erneut an die v.Martitz'sche Formulierung von der "paragraphenseligen Harmlosigkeit" der Deutschen. Ein Widerstandskämpfer, der sich hinter § 17 StGB versteckt, ist nie einer gewesen. Hiermit soll nicht das sehr gute Recht des Angeklagten, sich mit allen nur denkbaren Mitteln zu verteidigen, geschmälert werden. Es muß aber auch der umgekehrte Fall gesehen werden: die immense Gefahr, die dem Staat und seinen Bürgern durch Pseudowiderstandskämpfer droht; ob sie sich jetzt Staatsnothelfer nennen wie seinerzeit Kapp oder "Aktion Widerstand". In der "Waffenkammer" des

1) Isensee S. 34

Art. 20 IV lagern nun einmal gefährlichste Waffen¹⁾. Selbst wenn man aus Art. 20 IV kein Recht zur Tötung von Menschen ableiten will²⁾, muß man dem Widerständler doch weitgehende Befugnisse im Kampf gegen die (unrechtmäßige) Staatsgewalt zugestehen. Ein künftiger Putschist, der sich auf Art. 20 IV zu stützen vorgäbe, hätte, zumindest in den Augen derer, die mit ihm über den Widerstandsfall einig sind, völlig freie Hand und alle Befugnisse, um den Staat völlig zu demontieren. Der Rechtsstaat des GG kann es sich, gerade unter dem Gesichtspunkt der wehrhaften Demokratie³⁾, nicht leisten, unter der Bedrohung zu leben, daß sich ein Deutscher über die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 20 IV irrt und Anstalten trifft, zur Rettung des Staates eine Tyrannei aufzurichten; natürlich in bestem Glauben⁴⁾.

Ein Staat, der hier auch nur die Möglichkeit in Erwägung zieht, hier einem Irrtum strafrechtliche Relevanz zukommen zu lassen, liefert sich seinen Gegnern ans Messer⁵⁾. Das Widerstandsrecht ist ein äußerstes Notrecht: wer es ohne Not gebraucht, kann sich nicht mehr auf dieses Rechtsinstitut berufen, das die Staatsgewalt, über die der Täter sich hinwegsetzt, gerade gegen ihn normiert hat. Dies würde bedeuten, daß das Widerstandsrecht, das letzte Mittel zur Verteidigung unserer Ordnung, gewissermaßen in kleine Münze umgeschmolzen wird⁶⁾, was im Interesse des Staates, wie der von ihm garantierten Rechte des Bürgers, nicht erlaubt sein darf.

1) Bertram S. 87, Isensee S. 64, Schneider S. 16

2) So aber Isensee S. 64

3) BVerfG VerwRspr 75,773

4) Vgl. Kaufmann, Arthur, G, S. 356

5) Schneider S. 8

6) Listl in Kaufmann, Arthur, D, S. 546

12. Zusammenfassung und Wertung unter aktuellen Gesichtspunkten

Das Ergebnis der bisherigen Ausführungen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

Der Terminus "Staatsnothilfe" ist entwickelt worden anlässlich historischer Fälle, bei denen, aus heutiger Betrachtung in evidenter Weise, eine "Nothilfe" gar nicht vorlag, sondern bei denen die Täter einige Ziele verfolgten und Nothilfe bzw. Notstand nur vorschützten. Fälle, in denen eine Nothilfe zugunsten des Staates dem inneren Tatbestand nach wirklich vorliegen würde, können mit § 127 StPO befriedigend gelöst werden, soweit nicht zugleich Selbsthilfe vorliegt, so daß § 32 StGB direkt eingreift. Bei den Fällen, durch die in der Literatur die Postulierung des Begriffs "Staatsnothilfe" gestützt werden soll, handelt es sich um wertlose Kathederbeispiele. §§ 32, 34 StGB sind infolge ihrer Eigenart als Normen des materiellen Strafrechts -Rechtfertigungsgründe- gar nicht geeignet, Befugnis für Eingriffe in Rechte Dritter zum Wohl des Staates zu verleihen. Dies Gebiet ist durch öffentliches Recht im engeren Sinne, insbesondere § 127 StPO, kraft Spezialität vorrangig und abschließend geregelt. Zwar sind Fälle denkbar, in denen es wünschenswert erscheint, daß Private die Befugnisse haben, die die Täter in den historischen "Staatsnothilfe"-Fällen für sich postuliert hatten und die über § 127 StPO hinausgehen. Diesen Fällen kommt man aber mit der herkömmlichen, strafrechtlich orientierten Fragestellung, die zu sehr auf einen (schwer überprüfbaren) inneren Tatbestand abstellt, nicht bei. Die Frage ist vielmehr an den äußeren Tatbestandsmerkmalen orientiert umzuformulieren: kann der Einzelne aufgrund eines bestimmten Zustands des Staates berechtigt werden, in staatliche Befugnisse einzugreifen?

Als einzige Möglichkeit hierfür bietet sich das überpositive, in Art. 20 IV GG normierte Widerstandsrecht an. Dieses ist von seinem Telos her (den Ergebnissen des wissenschaftlichen Wertrelationismus zufolge) in Mehrheitskonsens verwurzelt. Es bietet als Norm des öffentlichen Rechts im engeren Sinn in Tatbestand und Rechtsfolge exakt die richtige Lösung für all die Fälle, die unter Zugrundelegung von "Staatsnothilfe"-Gesichtspunkten nur unzureichend gelöst werden konnten, da es sich hier letztlich um ein Problem des öffentlichen Rechts im engeren Sinne handelt, das einer rein strafrechtlichen Betrachtungsweise nicht zugänglich ist. Umgekehrt können die strafrechtlichen Fälle mit Art. 20 IV GG zufriedenstellend gelöst werden, da diese öffentlich-rechtliche Norm zugleich einen strafrechtlichen, §§ 32, 34 StGB gegenüber kraft Spezialisität vorrangigen Rechtfertigungsgrund darstellt.

Man könnte versucht sein, obiges Ergebnis in Frage zu stellen, da in letzter Zeit spektakuläre Aktionen terroristischer Gewalttäter Bedenken darüber haben aufkommen lassen, ob nicht insofern ein neues, bis dato unbekanntes Phänomen der Gewaltkriminalität vorliegt, zu dessen wirksamer Bekämpfung die herkömmlichen strafrechtlichen und prozessualen Instrumente nicht ausreichen, so daß trotz der obigen Ausführungen die Annahme eines Rechtsinstituts Staatsnothilfe aus praktischen Gründen geboten erscheinen könnte.

Es ist also erneut die praktische Erforderlichkeit eines zu postulierenden Begriffs Staatsnothilfe zu überdenken. Hierbei kann zunächst festgestellt werden, daß ein Großteil der Maßnahmen, die seitens der mit der Terroristenbekämpfung befaßten Stellen vorgenommen oder geplant werden, strafrechtlich gar nicht relevant sind (Verbreitung von Steckbriefen, verstärkte Kfz-Kontrollen, Einföhrung fälschungssicherer Nummernschilder, massive Einschal-

tung der Fernsehsender bei Aufrufen an die Bevölkerung usw.) oder von den herkömmlichen speziellen Rechtfertigungsgründen erfaßt werden (z.B. § 127 StPO, Art. 14 BayPAG), die als *leges speciales* ohnedies Vorrang genießen. Soweit es sich um Maßnahmen handelt, durch die bereits im Versuchsstadium befindliche Straftaten vereitelt werden sollen, liegt seitens etwaiger Opfer echte Notwehr (§ 32 StGB) vor, andere sind durch § 127 StPO gerechtfertigt. Soweit die staatliche Autorität durch ein einheitliches Warnsignal die Gesamtheit der loyalen Bürger zu erhöhter Aufmerksamkeit und gegebenenfalls zur Unterrichtung der Fahndungsbehörden aufrufen möchte, so liegt darin kein strafbares Tun, das einer Rechtfertigung bedürfte, sondern eher im Gegenteil ein Aufruf zur Beachtung des Gesetzes, insbesondere des § 138 StGB.¹⁾

Es muß aber daran festgehalten werden, daß die Postulierung eines neuen Rechtfertigungsgrundes nur dann berechtigt ist, wenn eine sachgerechte Lösung praktischer Fälle bei Anwendung der herkömmlichen Rechtfertigungsgründe nicht möglich ist. Zu diesen bereits statuierten Rechtfertigungsgründen gehört insbesondere, wie unter 11. gezeigt, das Widerstandsrecht des Art. 20 IV GG.

Es soll nicht in schwebende Gerichtsverfahren eingegriffen, noch sollen im Fluße befindliche Vorgänge abschließend beurteilt werden. Dennoch läßt sich über den Täterkreis, die bei den hier gemeinten Straftaten (Stichworte Buback, Ponto, Schleyer) in Erscheinung getreten ist, folgendes sagen: Nach allem Anschein und teilweise auch nach Verlautbarungen aus dem Kreis der Täter bzw. ihrem Umfeld, handelt es sich um Menschen, die es unternehmen, bzw. unternommen haben, mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt die auf dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutsch-

1) In der Fassung des Ges. v. 18.8.76, BGBl. I S. 2181

land beruhende verfassungsmäßige Ordnung zu ändern. Was unter diesen verfassungsmäßigen Grundsätzen zu verstehen ist, wurde in § 92 II StGB definiert. Werden diese Grundsätze angetastet, wird der Versuch unternommen, diese Grundsätze abzuschaffen und ist anderweitige Abhilfe unmöglich, so ist die Widerstandslage gem. Art. 20 IV GG gegeben.¹⁾ D.h., es kommt hier entscheidend auf die Frage an, ob die gewaltsame Änderung der freiheitlich-demokratischen Grundordnung nur noch durch Handlungen abgewehrt werden kann, die von der Rechtsordnung, so wie sie jetzt ist, nicht gestützt werden. Nach der jetzigen Lage der Dinge ist diese Frage eindeutig zu verneinen: durch die terroristischen Gewalttäter wird unser Staat nicht in dieser Weise gefährdet, daß der Anbruch einer Gewaltherrschaft zu befürchten wäre. Zwar ist es zu spektakulären Gewalttaten gegen Personen gekommen, die Zweifel an der inneren Sicherheit unseres Staates entstehen ließen. Der Angriff gegen die freiheitlich-demokratische Grundordnung selbst ist aber bei weitem noch nicht in ein Stadium getreten, das um deren Beseitigung durch die Terroristen ernstlich zu fürchten Anlaß geben könnte (und es erscheint mehr als fraglich, ob dieser Anlaß in der Zukunft jemals gegeben sein könnte).

Zuzugeben ist allerdings, daß auch die Bedrohung "nur" der inneren Sicherheit unseres Staates alarmierend genug ist, um einen Ausbau der strafrechtlichen Verfolgungsmöglichkeiten, wenn er denn erforderlich sein sollte, anzustreben. Ein noch weiterer Ausbau dieser Verfolgungsmöglichkeiten erscheint aber aus den folgenden Gründen nicht nur unnötig, sondern geradezu unmöglich: § 127 StPO gibt jedermann die Befugnis, den strafbaren (§ 23 I StGB) Versuch eines Verbrechens in wirksamer Weise zu unterbinden. § 83 StGB bedroht die Vorbereitung eines hochverräterischen

1) Bertram S. 53

Unternehmens (denn um ein derartiges Unternehmen handelt es sich nach der Definition des § 81 I 2 StGB, auch wenn die Bundesanwaltschaft aus Gründen, die zu beurteilen nicht Aufgabe dieser Arbeit ist, in den bisherigen Strafverfahren, nur Anklage wegen Verstoßes gegen "unpolitische" §§ des StGB erhoben hat) mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren. Vorbereitung eines hochverräterischen Unternehmens ist jede das künftige Unternehmen nach der Vorstellung des Täters, aber auch objektiv¹⁾ fördernde Tätigkeit, auch wenn sie an sich wertneutral ist²⁾. Auch mittelbare Vorbereitung oder Vorbereitung der Vorbereitung fällt unter § 83³⁾. Strafbar nach § 83 StGB (mit der Folge, daß § 127 StPO eingreift) ist z.B. bereits das Herstellen falscher Ausweise, mit denen die Täter staatliche Dienststellen betreten können⁴⁾ oder die Gewährung von Obdach, um jemand der Fahndung zu entziehen. Ausgenommen von der Strafbarkeit nach § 83 sind nur Handlungen, die von der Durchführung des Hochverrats derart weit entfernt sind, daß sie keine echte Gefahr mehr bedeuten. Es ist also durch § 83 von der Ausführung der Vorbereitungshandlung bis hin zu allem, was über den reinen Vorsatz hinausgeht, alles poenalisiert, was eine konkrete Gefahr darstellen könnte: die Handlung selbst, die Vorbereitung der Handlung, schließlich die Vorbereitung der Vorbereitung (einen Versuch der Vorbereitung kann es rein begrifflich nicht geben⁵⁾); alles was über den bloßen Gedanken, den bloßen Vorsatz hinausgeht, ist nach § 83 strafbar und gibt daher jedermann die Möglichkeit, gem. § 127 StPO tätig zu werden. Jeder Versuch, den strafrechtlichen Schutz der Allgemeinheit auszudehnen, muß daher darauf hinauslaufen, ent-

1) RGSt 16, 167

2) Dreher, Anm. 2 zu 83

3) BGH GA 60, 10 Nr. 7

4) Schönke-Schröder, Rdnr. 8 zu 23

5) Dreher, Anm. 3 zu 83; Schönke-Schröder, Rdnr. 12 zu 83

weder Handlungen zu poenalisieren, die gar keine echte Gefahr für den Staat darstellen, oder aber die bloße böse Absicht, den bloßen bösen Vorsatz unter Strafe zu stellen, denn nur der gedankliche (ideologische) Hochverrat wird von § 83 StGB nicht erfaßt¹⁾. Beide Möglichkeiten sind aber aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit nicht durchführbar. Der Rechtsstaat kann nicht Handlungen unter Strafe stellen, die niemandem schaden, da er sonst gegen das Willkürverbot verstieße. Den bloßen bösen Vorsatz unter Strafe zu stellen, verbietet sich, von allem anderen abgesehen, schon wegen der Undurchsetzbarkeit einer solchen Strafdrohung in der Praxis.

Da also der Bestand der freiheitlich-demokratischen Grundordnung durch Art. 20 IV GG, die innere Sicherheit unseres Staates durch § 83 StGB i.V.m. § 127 StPO bereits in dem in einem Rechtsstaat weitestmöglichen Ausmaß geschützt sind, besteht auch unter diesem neuen Aspekt kein Bedürfnis für die Postulierung eines neuen Rechtsinstituts "Staatsnothilfe".

Hingegen bestehen, aus dem Aspekt einiger anderer aktueller Fälle betrachtet (Stichworte Traube usw.), zusätzliche gravierende Bedenken gegen eine Anerkennung dieses Begriffs. Wie sich gezeigt hat, besteht die Gefahr, daß Organe der Exekutive dann, wenn für eine bestimmte beabsichtigte Ermittlungs- oder Verfolgungstätigkeit keine gesetzliche Ermächtigung besteht, zur Rechtfertigung dieser Tätigkeit auf Nothilfe oder Notstand, ausgeübt zugunsten des Staates zurückgreifen²⁾. Nicht nur im Strafrecht, sondern auch im Bereich der Eingriffsverwaltung besteht aber

1) Schönke-Schröder, Rdnr. 6 zu § 83

2) Im sogen. "Stammheimer Abhörfall" hat sich der ehemalige Justizminister Bender ausdrücklich auf § 34 StGB berufen, lt. FAZ vom 18.3.77.

ein Analogieverbot¹⁾. Es geht nicht an, die Maßnahmen der Straftataufklärung und -verfolgung, die in festen Normierungen geregelt worden sind, durch Anwendung einer Vorschrift des materiellen Strafrechts unbegrenzt ausdehnen zu lassen. Welchen Sinn hätten etwa §§ 102 ff StPO, wenn sich jedermann (§§ 32, 34 StGB wenden sich ja an keinen bestimmten Adressatenkreis) über sie hinwegsetzen könnte mit dem Hinweis, der Staat sei bedroht (bzw. es habe den Anschein, daß er bedroht sei) und Gefahr sei im Verzug. Jedermann würde erlaubt sein, die öffentlich-rechtlichen Kompetenzzuweisungen zu negieren. Wichtige politische Entscheidungen, wie etwa die, dem Verfassungsschutz keine polizeilichen Befugnisse einzuräumen (§ 3 III 1 BVerfSchG) könnten unter Berufung auf § 32 oder § 34 StGB unterlaufen werden. Zwar können sich bei Gefahr im Verzug auch staatliche Handlungskompetenzen ändern. Hierfür trifft aber das öffentliche Recht eigene Regelungen, und zwar in den betreffenden Gesetzen selbst, so z.B. in § 165 StPO, § 166 GVG oder in § 3 III u. IV VerwVerfG. Diese Vorschriften zusammengesehen mit § 127 StPO lassen als Spezialnormen für eine Anwendung von § 32 oder § 34 StGB im Gefahrenfall keinen Platz. Darüber hinaus zeigen sie, daß die Normen des materiellen Strafrechts überhaupt nicht dazu brauchbar sind, Verschiebungen von staatlichen Eingriffskompetenzen zu stützen, da sie wesentliche Fragen bei der Verschiebung dieser Kompetenzen überhaupt nicht berücksichtigen: die Fragen nämlich, wer denn nun handeln darf, und welche Maßnahmen denn erlaubt sein sollen. Da §§ 32, 34 StGB diese Fragen nicht beantworten, stellen sie schon von ihren Regelungsgehalt her keine Normen dar, die es ermöglichen, in einer Gefahrensituation eine möglicherweise bestehende Lücke in der öffentlich-rechtlichen Kompetenzver-

1) Amelung S. 835; Maunz-Dürig-Herzog Art. 103 Rdnr. 117; OVG Münster DÖV 58, 877

teilung auszufüllen.¹⁾

Die Postulierung eines Begriffs Staatsnothilfe ist daher, auch unter dem Aspekt besagter aktueller Fälle, abzulehnen. Die betroffenen Kompetenzträger haben nur dann das Recht, ihre Kompetenzen zugunsten der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu überschreiten, wenn die Voraussetzungen des Art. 20 IV GG gegeben sind.

1) Amelung S. 837

L e b e n s l a u f

Am 10. Febr. 1948 wurde ich in Kiel als Sohn des Hotelkaufmanns Heinrich Ferdinand von der Brelie und seiner Frau Hildegard geboren. Im Juni 1967 legte ich am Wilhelmsgymnasium in München die Reifeprüfung ab. Nach dem Grundwehrdienst studierte ich in München, Hamburg und Regensburg Rechtswissenschaft. Im Januar 1974 legte ich die erste und im September 1977 die zweite juristische Staatsprüfung in München ab.

Februar 1978

Gernot von der Brelie

